

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

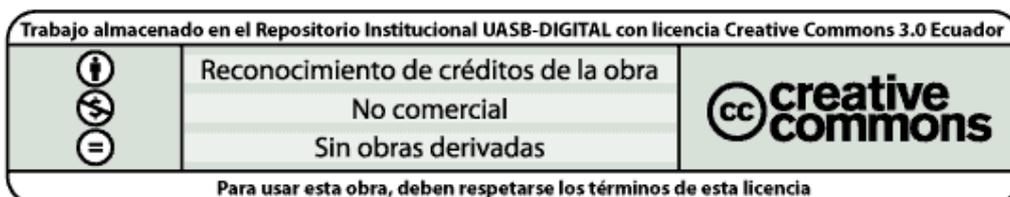
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**La acción civil de daños y perjuicios patrimoniales y
extrapatrimoniales frente a la mala práctica médica**

Autor: José Luis Terán Tamayo

Tutor: Edgar Ulloa Balladares

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, José Luis Terán Tamayo, autor de la tesis intitulada “La acción civil de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales frente a la mala práctica médica” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 18 de mayo de 2017

José Luis Terán Tamayo

Resumen

La presente investigación tiene como principal objetivo el explicar en qué consiste una mala práctica médica, cómo se compone la misma, qué tipo de responsabilidad genera, y, principalmente, qué acción iniciar ante su ocurrencia, para lo cual, se acoge una perspectiva civil a fin de determinar si es viable una acción civil de daños y perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales y si ésta es eficaz con respecto a los intereses de las víctimas de una mala práctica médica.

Para el efecto se analizan distintos temas, iniciando por elementos sustantivos, para posteriormente explicar temas netamente procesales, para de esta forma a través de una investigación deductiva, poder determinar si la acción civil de daños resulta adecuada y efectiva para aquellos que han sido víctimas de una mala práctica médica.

Finalmente, los resultados de la investigación arrojaron que no es posible establecer un estándar sobre una sola acción a plantearse antes la ocurrencia de una mala práctica médica, sino que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, la acción civil de daños patrimoniales y extrapatrimoniales puede resultar una herramienta verdaderamente útil para los profesionales del derecho.

Palabras clave

1. *Lex artis*: es el conjunto de reglas que marcan las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, empleando en ellas un deber de cuidado relacionado con la obligación del médico de atender a su paciente, aplicando todos los conocimientos y técnicas que brinde la medicina en cada especialidad;
2. Responsabilidad médica: es aquella culpa derivada de una imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de la *lex artis* por parte del profesional de la salud dentro de un acto médico;
3. Daño patrimonial: todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona;
4. Daño extrapatrimonial: es aquella vulneración que sufren una persona en su honor, buen nombre, imagen, reputación, tranquilidad y en general en todo aquel aspecto emocional que no puede ser tangible ni apreciado físicamente.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, y a todos quienes ayudaron a la consecución del presente trabajo, particularmente a mi tutor de tesis Dr. Edgar Ulloa y al Dr. Jaime Tamayo Martínez por todo el conocimiento impartido.

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi familia, particularmente a mi madre, a mis abuelas
y a la memoria de mi padre.

Contenido

Capítulo I.....	8
El acto médico y la relación médico paciente	8
1.1. Concepto de acto médico	8
1.2. Relación médico-paciente	9
1.2.1. La bioética.....	9
1.2.2. Derechos del paciente	11
1.2.3. Consentimiento informado	13
1.3. La mala práctica médica.....	17
1.3.1. Concepto	17
1.3.2. Obligación del médico: de medios o de resultado	18
1.3.3. Lex artis	20
1.3.4. Responsabilidad civil.....	25
Capítulo II.....	36
Acción civil de daños	36
2.1. Juicio ordinario de daños	36
2.1.1. Legitimación activa.....	36
2.1.2. Legitimación pasiva.....	38
2.1.3. Responsabilidad indirecta, solidaria y corresponsabilidad.....	42
2.2. El daño en la mala práctica médica.....	46
2.2.1. Elementos del daño	46
2.3. Elementos probatorios.....	61
2.3.1. Carga de la prueba	61
2.3.2. Historia clínica.....	69
2.3.3. Pericia dentro de la acción civil de daños por mala práctica médica	71
2.3.4. Breve contraste entre la prueba en el campo civil y en el penal	73

2.3.5. Proceso oral dentro del Código Orgánico General de Procesos	77
Capítulo III	80
Reparación integral del daño	80
3.1. Crítica al principio de responsabilidad integral	82
3.2. Lucro cesante	83
3.3. Daño emergente	85
3.4. Reparación en el daño moral.....	86
Capítulo IV	89
Conclusiones y recomendaciones.....	89
4.1. Conclusiones	89
4.2. Recomendaciones.....	94
Bibliografía.....	96

Capítulo I

El acto médico y la relación médico paciente

1.1. Concepto de acto médico

Es imposible entender qué es la mala práctica médica, sin antes saber en qué consiste el acto médico.

Para el efecto, resulta oportuno remitirse a una legislación más progresista en cuanto al tema en cuestión como la peruana, la cual en su Código de Ética y Deontología del Colegio Médico de Perú, señala en su artículo 12:

Acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico, en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.¹

Del artículo antes transcrito se puede abstraer la importancia del acto médico que se resume en dos partes, la primera, que es el acto diligente por parte del médico en ejercicio de su profesión tendientes a realizar una actividad curativa del paciente; y la segunda, el que dicho acto cuente con principios emanados de la moral y ética de los médicos, que en su caso particular, sería el cabal cumplimiento de su juramento hipocrático.

Recordemos que el pasaje normativo citado se encuentra recogido por un código de ética y deontología, lo cual implica que la conducta del médico en el caso de ser contraria a la definición de acto médico no solo es reprochable a la luz del derecho sino también a la luz de la moral y la ética.

Es así, que el acto médico representa el primer indicio para saber sobre la posible ocurrencia de una mala práctica médica, por cuanto la ausencia de diligencia en el diagnóstico, terapia o pronóstico o inclusive la falta de ética en dicho acto, acarrearía responsabilidad para el galeno, sin que interese que su intención fue la de realizar un acto curativo.

¹ Perú, *Canterbury vs Spence* (Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, 1972).

1.2. Relación médico-paciente

De acuerdo con Rabinovich-Berkman, la relación médico-paciente ha mutado a lo largo del tiempo encontrando hoy en día un panorama más claro sobre la relación que existe entre profesionales de la salud y sus pacientes, la cual ha pasado de ser vertical a ser horizontal, en contraste con lo que ocurría históricamente en donde el médico mantenía una relación de superioridad con sus pacientes siendo ésta una manifestación déspota del profesional de la salud sobre la vida del paciente al tener potestad de decidir sobre ella².

Esta relación se equiparó progresivamente con el transcurso del tiempo a raíz de las reclamaciones y demandas que realizaron los pacientes dentro del ejercicio de sus derechos. Esta horizontalidad en la relación médico paciente ha permitido que el paciente tenga un mayor poder de decisión sobre la atención médica que recibirá, verbigracia la decisión sobre su propio cuerpo, la cual era confiscada otrora por el facultativo de la salud.³

La relación médico paciente es un tema en el cual no concurren criterios unificados, puesto que existen posiciones cerradas por parte de profesionales de la salud, pero es en base a las relaciones entre dichos profesionales y sus pacientes que permite a los tratadistas avanzar y desarrollar más la figura. Adicionalmente, este es un tema que cuenta con algunos puntos de apoyo, siendo sino el principal, uno de los principales, la bioética.

1.2.1. La bioética

De acuerdo con Mainetti (1991), la bioética conjuga biología y moral en síntesis paradigmática de ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser.⁴

De esto se colige que la bioética congloba todas aquellas reglas generales, aceptadas y compartidas que enmarcan las relaciones inherentes a la vida y al ambiente en que ésta se desenvuelve, bajo parámetros regidos por principios y valores éticos y morales.

La bioética se rige por tres principios fundamentales:

² Ricardo Rabinovich-Berkman, "Responsabilidad del médico", (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999), 20.

³ Camilo Machado Rodríguez, "La relacion medico-paciente. De la verticalidad a la horizontalidad", (Edición electrónica, 2010. Consulta: 16 de Junio de 2016. <<http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/2668/1/La-relacion-medico-paciente-De-la-verticalidad-a-la-horizontalidad.html>>

⁴ José Alberto Mainetti, "Bioética sistemática", (La Plata: Quirón, 1991), 11.

- Principio de autonomía: se refiere al respeto de las decisiones que tomen los pacientes sobre sus intereses y sobre su destino, tanto vital como personal. Este principio permite la autodeterminación en base a su voluntad, lo cual ejemplifica la horizontalidad entre médicos y pacientes referida en líneas anteriores. En la actualidad, este principio se traduce en el consentimiento informado de los pacientes, el cual se desarrollará más adelante, puesto que el informar al paciente no sólo su condición actual, sino también el procedimiento a seguir y las distintas opciones posibles, permite a éste expresar su voluntad y formar parte de la decisión de cómo dar el siguiente paso en pos de su mejoría.
- Principio de beneficencia: quiere decir que el profesional sanitario debe agotar todos sus esfuerzos para perseguir el bien terapéutico del paciente y evitar al máximo cualquier efecto nocivo. Este principio encuentra su base en el juramento hipocrático y puede vérselo desde una perspectiva negativa como “principio de no maleficencia” lo cual implica no correr riesgos innecesarios, no utilizar a la medicina para realizar procedimientos que podrían ser evitados y que impliquen un riesgo para el paciente.
- Principio de Justicia: es el eslabón que vincula al principio de autonomía con el de beneficencia. Esta armonía se aplica para guiar el actuar del profesional sanitario a fin de no discriminar a sus pacientes y respetar tanto sus decisiones como sus creencias y enmarcar su trabajo conforme a ellas, como por ejemplo cuando se tiene un paciente perteneciente a la religión Testigos de Jehová, quien por sus creencias limita la actuación del personal de la salud al no permitir que se le realicen transfusiones de sangre, obligando de esta forma a que el profesional de la salud enmarque su actuar alrededor de la decisión o prerrogativa del paciente.⁵

La relevancia de la bioética radica en que este grupo de reglas y los principios que la conforman, sirven como parámetro para medir una posible mala práctica médica, puesto que si el actuar del profesional sanitario, por acción u omisión, escapa de la esfera de la bioética y por consiguiente, contraviene a alguno de sus principios, sin duda alguna es sujeto de responsabilidad por los daños que se generen.

⁵ María Ferro, Luzcarín Molina, William Rodríguez, “La Bioética y sus principios”, (Venezuela, Edición electrónica: 2009). Consulta: 20 de Enero de 2017. <<http://www.actaodontologica.com/ediciones/2009/2/art26.asp>>

A su vez, la bioética resulta un concepto, cuyo entendimiento es indispensable para el desarrollo del tema de mala práctica médica, pues nos permite abordar elementos de suma importancia y a su vez nos da un punto de partida para el desenvolvimiento de la investigación.

1.2.2. Derechos del paciente

Dentro de la prestación de un servicio de salud, el paciente, a más de sus derechos fundamentales y subjetivos, inmediatamente se vuelve titular de ciertos derechos estrictamente reservados para quienes son sujetos pasivos en la relación médico-paciente.

Previo a indicar cuáles son los derechos de los pacientes, es importante aclarar que si bien algunos de estos derechos son recogidos de forma taxativa por algún cuerpo normativo según cada sistema jurídico, esto no excluye al goce de derechos del paciente fuera de los enunciados por la norma correspondiente, toda vez que los mismos, así como la relación médico-paciente se rige bajo un parámetro de razonabilidad, por ejemplo, un paciente próximo a la muerte desea emitir sus últimas declaraciones de voluntad, pero este derecho no está consagrado de forma expresa por la norma correspondiente, por lo cual es posible remitirse a los principios básicos de la bioética, específicamente al principio de autonomía, el cual a su vez está recogidos por la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.⁶

En el caso del Ecuador, los derechos de los pacientes son tratados de forma somera por la Ley Orgánica de la Salud, pero son recogidos y explicados por la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, expedida en 1995⁷, la cual recoge los siguientes derechos: derecho a una atención digna, derecho a no ser discriminado, derecho a la confidencialidad, derecho a decidir y derecho a la información.

Para efectos de la presente investigación, es importante notar los últimos dos derechos antes indicados, pues el derecho a decidir es una clara manifestación del principio de autodeterminación que actúa como base de la bioética, con la particularidad que en la norma que recoge este derecho (Ley de derecho y amparo al paciente, art. 6), se refiere a la facultad del paciente de decidir sobre si someterse a una operación o no y a la contraprestación del médico de explicar las consecuencias de la decisión del paciente, sea cual fuere, lo cual nos da una primera indicación de la

⁶ Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, (19 de octubre de 2005)

⁷ Ecuador, "Ley Orgánica de la Salud", Registro Oficial N° 423 (22 de diciembre de 2006)

obligación del galeno de contar con el respectivo del consentimiento informado del paciente, el cual será explicado posteriormente.⁸

Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente consagra el derecho a la información del paciente, el cual por su relevancia resulta oportuno transcribirlo:

Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del servicio de salud a través de sus miembros responsables, *la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender* y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúense las situaciones de emergencia.

El paciente tiene derecho a que el servicio de salud le informe quién es el médico responsable de su tratamiento.⁹ (el énfasis me pertenece)

El hincapié realizado en el artículo transcrito se debe a dos razones fundamentales: la primera es que se puede verificar claramente que este derecho del paciente coincide casi textualmente con las características que debe tener el acto médico, el cual fue explicado en párrafos anteriores citando al Código de Ética y Deontología de Perú y corroborado por la lógica estrechez entre el actuar del profesional sanitario con el derecho del paciente.

El segundo motivo por el cual se realizó un énfasis en el artículo transcrito se debe a que como ya se analizará más adelante, es fundamental que el médico tenga el consentimiento informado del paciente, pues a través de dicho consentimiento, el derecho a la información del paciente se ve plasmado claramente, pues la obtención del consentimiento informado presupone la información sobre el tratamiento, diagnóstico, pronóstico y consecuencias que representa el estado de salud del paciente.

De esta forma es posible afirmar, que los principios y derechos consagrados en la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, son, en la legislación ecuatoriana, el punto de partida para entender, delimitar y juzgar al actuar del profesional de la salud en un marco de responsabilidad médica, más aún al amparo del derecho a la información y decisión, por cuanto ambos derechos confluyen en lo que se explicará a continuación que es el consentimiento informado, pues en virtud de dichos

⁸ Ecuador, “Ley de Derechos y Amparo al Paciente”, Registro Oficial N° 626 (3 de febrero de 1995)

⁹ *Ibíd.*

derechos es que la relación médico paciente toma una forma horizontal, en contraste con la en otrora verticalidad que se explicó en líneas anterior. En otras palabras estos derechos permiten al paciente inclusive tomar su salud en sus propias manos.¹⁰

1.2.3. Consentimiento informado

El consentimiento informado es uno de los elementos más importantes a ser considerados al momento de analizar una posible existencia de una mala práctica médica.

La Constitución de la República en su artículo 362 establece:

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.¹¹

Dentro de este artículo se consagra al consentimiento informado como parte del servicio de salud y de los derechos del paciente, al punto que claramente contempla tres de los cinco derechos del paciente consagrados en la ya referida Ley de Derechos y Amparo al Paciente. Este término se originó en Estados Unidos de América y debido a su relevancia y utilidad se ha esparcido por el resto de América y Europa.¹²

Es importante establecer una distinción entre el consentimiento y consentimiento informado. El primero únicamente implica la aceptación por parte del paciente en someterse al tratamiento propuesto, y el segundo es la expresión del paciente de su voluntad por someterse al tratamiento propuesto, posterior a la debida explicación por parte del médico sobre todas las posibles consecuencias y riesgos que pueden suscitarse. Queda por demás aclarar que dicha explicación deberá ser simple pero clara, al punto que el paciente pueda entender en qué consisten los riesgos, puesto que si la obtención del consentimiento informado se la consigue después de realizar una explicación netamente técnica y con términos desconocidos

¹⁰ Ecuador, “Ley de Derechos y Amparo al Paciente”, Registro Oficial N° 626 (3 de febrero de 1995)

¹¹ Ecuador, “Constitución de la República”, Registro Oficial N° 449 (20 de octubre de 2008), Artículo 362.

¹² José Eduardo De Siqueira, “Los orígenes del consentimiento informado en clínica”, (Edición electrónica: 2009). Consulta: 16 de abril 2016. <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/27949/6/articulo3.pdf>>.

para aquellos que no forman parte del mundo de la medicina, estaríamos frente a un consentimiento nulo.

Es así, que el consentimiento informado, al igual que los otros componentes de la responsabilidad médica, adquirieron mayor relevancia con el transcurso del tiempo, y una de las sentencias hito que recoge la figura fue *Canterbury contra Spence* emitida por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en 1972, en la cual el tribunal determinó entre otras cosas, puntos fundamentales para la concurrencia y validez de un consentimiento informado, a saber:

- Los médicos deberán hacer que sus pacientes conozcan y entiendan cualquier riesgo material inherente al tratamiento propuesto.
- Es obligación del médico advertir sobre los peligros existentes en el tratamiento propuesto.
- Es a su vez, un deber del médico, el impartir la información sobre la posibilidad del paciente a esperar, lógicamente cuando la situación lo permita.¹³

El fallo antes citado, conjuntamente con otros fallos hitos, permitió generar un criterio más uniforme sobre el consentimiento informado, al punto en que en el 2005, la UNESCO emitió la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, dentro de la cual en su artículo 6, precisamente en el numeral 1, se recoge el consentimiento informado que a letra reza:

Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.¹⁴

En conclusión, el consentimiento informado es la expresión del principio de autodeterminación conforme manda la bioética. No es indispensable que sea expreso, pero sí resulta imperioso que sea comprendido por el paciente por efectos de eficacia y validez. Tal es así, que hoy en día en el Ecuador, en la mayoría de casas de salud, sobre todo en las públicas, existe un documento al realizar el examen médico a cada paciente con el encabezado “consentimiento informado”, el cual, dicho sea de paso, carece de validez alguna si es que en efecto, el personal de la salud o quien le asiste

¹³ Corte de apelaciones del Distrito de Columbia, “Caso Canterbury vs. Spence”, (464 F.2d 772), 1972.

¹⁴ Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, (19 de octubre de 2005)

no explicó con detenimiento, en palabras de fácil comprensión en qué consiste el procedimiento, diagnóstico, entre otros a los que se someterá el paciente, y no se cercioró que el paciente haya entendido dicho documento en su totalidad.

El consentimiento informando, adicional a la *lex artis* que se explicará posteriormente, viene a ser uno de los principales parámetros para verificar la existencia de responsabilidad médica por parte del profesional de la salud, pues la no existencia del mismo, en el evento en que el paciente reciba un daño a raíz del acto médico, implicaría una suerte de agravante, no a la luz de los agravantes que establece la normativa penal ecuatoriana, sino simplemente como incumplimiento de uno de los principios de la bioética, y de uno de los derechos del paciente que establece tanto la ley de Derechos y Amparo al Paciente así como la Constitución, motivo por el cual es posible afirmar que el consentimiento informado resulta uno de los principales descargos del médico dentro de un proceso de mala práctica médica.

Ausencia de consentimiento informado

La falta de consentimiento informado, tal como se explicó en líneas anteriores, acarrearía una responsabilidad civil para el médico; sin embargo este no es un axioma, por lo cual deben concurrir a más de la falta de consentimiento informado, otros elementos para que se configure una responsabilidad médica.

El único escenario en el que lógicamente se permite pasar por alto el consentimiento informado es en los casos de emergencia, pues el profesional de la salud tiene la obligación primordial de intervenir en situaciones que requieran auxilio inmediato. En este caso inclusive el paciente puede estar inconsciente, y el profesional de la salud al tratarlo simplemente estaría obrando bajo su *lex artis*, sin que le sea atribuible una falta por la no obtención de consentimiento informado. El escenario cambia, cuando el paciente que estuvo en emergencia, ya se encuentra estable y consciente, pues en ese momento sí se le genera al médico tratante la obligación de obtener por parte del paciente una declaración de voluntad que le permita continuar con el procedimiento que corresponda.

Al respecto, Marco Antonio Terragni, dentro de su obra *El Delito Culposo en la Praxis Médica*, explica a través de argumentación ejemplificativa las ramificaciones posibles ante la presencia o ausencia del consentimiento informado.¹⁵

El ejemplo práctico que consigna Terragni corresponde a una ligadura tubaria de trompas de Falopio, en la cual no existió consentimiento informado y por tanto se vulneró el principio de autodeterminación. A priori, podría parecer que hay lugar para que la paciente reciba una indemnización, sin embargo sabiamente el autor señala que a más de la falta de autodeterminación de la paciente, deben conjugarse otros factores como la edad de la misma, su situación física, las circunstancias y el tipo de persona y el objeto de la intervención quirúrgica. A su vez señala que para la existencia de responsabilidad civil deben confluír una conducta atribuible, con nexó causal y dañosa, sin los cuales, a pesar de que no haya existido consentimiento informado, no se podrá imputar el daño al profesional de la salud.

Por el contrario, la presencia del consentimiento informado no implica inimputabilidad para el médico, pues en alguna intervención, a pesar de que haya existido consentimiento informado, el galeno pudo haber obrado con negligencia y pudo haber configurado los elementos antes indicados generándose así innegablemente un tema de responsabilidad médica.

En suma, es crucial verificar en primer lugar, la existencia o ausencia de consentimiento informado para saber *a priori*, si profesional de la salud cumplió con su obligación de obtenerlo. En el evento en que sí exista un documento que corrobore la existencia del consentimiento informado, lo que corresponde sería el examinar cómo se produjo, es decir, de qué forma y bajo qué circunstancias lo obtuvo, pues puede darse un escenario que el documento de consentimiento informado fue obtenido sin realizar las respectivas explicaciones, sin responder las preguntas realizadas por el paciente, sin que se le explique alternativas, tiempo de recuperación y consecuencias, lo cual, como ya se lo explicó, enervaría la validez del documento.

Igualmente puede existir una situación en la que se haya obtenido la firma del paciente en el documento de consentimiento informado, cuando este se encuentre medicado, o cuando su estado de salud sea tal, que no se encuentre en completa posibilidad de emitir su voluntad, lo cual por lógica propia, viciaría el consentimiento informado. Es en este escenario, donde tomaría especial relevancia

¹⁵ Marco Antonio Terragni, “El delito culposo en la praxis médica”, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014), 312.

verificar si existieron testigos al momento de producirse el consentimiento informado, es decir, si un familiar coadyuvó a la obtención del mismo u observó cómo el médico realizaba la explicación del caso, o personal administrativo del nosocomio se encontraba en la habitación mientras el profesional de la salud cumplía con su obligación de obtener de forma apropiada el consentimiento informado, todo esto con la finalidad que en el evento de un proceso judicial, en el cual ambas partes pongan en tela de duda el consentimiento informado, una para anularlo, la otra para validarlo, se permita al juzgador obtener un criterio claro de cómo se obtuvo dicho consentimiento, si cuenta con los parámetros necesarios para su validez, y si este atenúa o agrava una posible responsabilidad del galeno.

1.3. La mala práctica médica

1.3.1. Concepto

La mala práctica también conocida como mala praxis o malpraxis existe en todas las profesiones y hace referencia a la conducta a contrario sensu de los principios y reglas técnicas que rigen determinada actividad.

En el caso de la mala práctica médica se refiere a la impericia, imprudencia o inobservancia de un ejecutor de un servicio sanitario, quien a raíz de una incorrecta aplicación de su *lex artis* ha generado un daño en el paciente.

La mala práctica médica como tal es una figura que tiene el mismo tiempo de existencia que las profesiones sanitarias; sin embargo, en la antigüedad, debido a una veneración hacia las personas que realizaban labores curativas, no se había desarrollado la figura como tal, y se soslayaba cualquier negligencia, impericia o negligencia en su actuar. Esta idea se desvaneció con el tiempo y a la par se fue desarrollando normativa tendiente a enmarcar el actuar de los profesionales de la salud, a fin de responsabilizarlos antes una eventual malpraxis.

Ahora bien, la mala práctica a nivel legislativo ha sido desarrollada por varias legislaciones, siendo el Ecuador una excepción, por lo cual no hay reparo alguno en afirmar que hoy en día enfrentamos un gran rezago legislativo, doctrinario e inclusive judicial en lo que respecta a la mala praxis médica.

1.3.2. Obligación del médico: de medios o de resultado

De acuerdo con Lourdes Blanco, las obligaciones de resultado (o contrato de obra), son aquellas en las que el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso; mientras que se entiende por obligaciones de medios (o de arrendamiento de servicios), aquellas en las que el deudor se compromete únicamente a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar. Pero ese resultado no está garantizado por el deudor.¹⁶

Es importante distinguir si la actividad médica se encasilla en una obligación de medios o de resultado para con el paciente. A priori, la respuesta parecería sencilla, pues al igual que el resto de profesiones, lo que se ofrece brindar es un servicio mas no un resultado, es decir, ningún profesional de la salud puede garantizar la mejora del paciente, por más favorable que el escenario sea, el único compromiso que puede existir entre el médico y su paciente es el de brindar el mejor de sus esfuerzos y de actuar de la forma más diligente posible para propiciar un resultado favorable.

Por regla general, la obligación del médico es de medios, sin embargo cuando se trata de medicina voluntaria o satisfactiva (estética - no reconstructiva), puede cambiar el tipo de obligación y volverse ésta una de resultado. Este punto es controversial por cuanto existen posiciones antagónicas al respecto ya que algunos tratadistas como la antes mencionada concuerdan en que dentro de la medicina voluntaria o satisfactiva lo que se pretende conseguir es un resultado, pues la relación pasa de ser de médico-paciente a ser la de profesional-cliente/usuario y por tanto el contrato se aleja del de arrendamiento de servicios inmateriales y se asemeja al de obra.¹⁷

Este punto resulta bastante discordante ya que la regla general es que el médico como profesional de la salud únicamente presta el conocimiento proporcionado por la ciencia médica para la mejora del paciente, sin embargo esto es únicamente aplicable en la medicina curativa, pues en la voluntaria o satisfactiva, lo que se busca es un resultado concreto, verbigracia una vasectomía, implantes dentales o de cualquier tipo, rinoplastias, entre otras, lo cual si bien es considerado

¹⁶ Lourdes Blanco Pérez-Rubio, "Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?", (Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014), 1.

¹⁷ Ibid., 53.

por el juzgador, éste no puede soslayar la obligación de medios que tienen los profesionales, por lo cual existen fallos opuestos, dentro de la medicina voluntaria, que dependiendo del escenario y las circunstancias, y sobre todo del actuar del médico en base a la *lex artis*, que se determina si la obligación fue de medios o de resultados.¹⁸

En la obligación de medios, el médico se compromete a brindar una conducta diligente y prudente, mas no un resultado determinado, utilizando sus conocimientos, experiencia, equipos médicos a su alcance, es decir, todos los medios materiales y técnicas disponibles, de acuerdo con el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc*, a favor del paciente.

Un ejemplo claro dentro de la dicotomía de obligación de medios o de resultados, y que genera confusión para el público en general, es el de reproducción asistida. Esta técnica de reciente data, ayuda a personas con problemas para procrear a que lo consigan, sin embargo por sus características e implicaciones resulta costosa y no siempre deriva en los resultados deseados. En términos generales, la reproducción asistida implica, en distintas sesiones, insertar espermatozoides en óvulos a fin que uno de ellos se fecunde y pueda iniciar una nueva vida. Este procedimiento se realiza en varias sesiones debido a que la probabilidad de éxito es baja y es probable que en las primeras sesiones no se fecunde ningún óvulo. Ahora bien, existen varios casos en los que definitivamente no se ha conseguido que la mujer logre estar en estado de gestación pese a los múltiples intentos realizados, lo que lógicamente genera un malestar entre aquellos que contratan los servicios del profesional de la salud quienes en ocasiones inclusive, pretenden que se les devuelvan los valores entregados. A su vez, existen casos en que se llega a fecundar más de un óvulo, en cuyo escenario se han producido gestaciones múltiples desde gemelos hasta quintillizos, lo cual lógicamente no fue deseado ni previsto por los contratantes.

Es así, que las personas que requieren los servicios de un profesional de la salud con conocimiento en reproducción asistida, persiguen determinados servicios de un médico en específico y lógicamente esperan, en razón de los elevados costos,

¹⁸ Eduardo Andreu Tena, Agustín Asparren Lucas, Emilio Donat Laporta, “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva”, (Edición electrónica, 2013) <<http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-articulo-estudio-jurisprudencial-medicina-satisfactiva-S0377473213000679>>

un resultado en particular, y por tal motivo es que se llega a confundir la obligación del galeno en una de resultado, pues la relación puede asemejarse a la de un cliente-proveedor, sin embargo, ésta jamás deja de ser de medios en esta rama de la medicina por distintos motivos, principalmente por las pocas probabilidades de éxito; por el consentimiento informado sobre los distintos escenarios que pueden acontecer y por la falta de certeza sobre los resultados. Los valores elevados simplemente obedecen a los equipos, exámenes y conocimiento técnico que deben tener las personas quienes se dedican a la reproducción asistida, pero en algo tan delicado como asistir a generar vida, es imposible que la obligación del profesional de la salud sea de resultado.

1.3.3. Lex artis

Lex artis es un término en latín que significa “*ley del arte*”, que se refiere al conocimiento de la profesión que se ejerce, y por tanto representa un estándar que determina la diligencia empleada¹⁹.

Con esta definición se podría entender que la *lex artis* es inherente y aplicable a todas y cada una de las profesiones que existen, sin embargo es comúnmente utilizada en un campo jurídico médico.

El Dr. José García Falconí, en su publicación *¿Qué es la lex artis?* Cita al tratadista Roberto Serpa Flores, quien a su vez en su obra *Ética Médica y Responsabilidad Legal del Médico*, entrega una definición de *lex artis*:

Son las reglas de consonancia con el estado de saber de esa ciencia que marcan las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, recalando que el deber objetivo o de cuidado es un concepto jurídico que se relaciona con la obligación del médico de atender a su paciente de acuerdo con las reglas de la *Lex Artis* y con la correcta indicación médica...

A su vez señala:

...el médico tiene la protección del Estado en el ejercicio de su profesión como una actividad lícita que es, siempre que se ajuste a la *Lex Artis*, a la indicación médica que cumpla con el deber objetivo de cuidado y, que no exponga a su paciente a riesgos injustificados. Si el médico ajusta su conducta a las normas de la ética, a su buen juicio clínico, a su correcto juicio ético y a las normas escritas en la ley, no

¹⁹ Revista Novedades Jurídicas, Año IV, Número 19, febrero del 2007, Ediciones Legales, p. 13. Consultado en mayo de 2016

actuará culposamente y por lo tanto no será sometido a juicios penales que le ocasionan sanciones, ni a juicios civiles que le obliguen a retribuir el daño causado.²⁰

Parafraseando al Dr. Francisco Oliva, la *lex artis* es aquella conducta diligente que debe ser exigida en los médicos la cual el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo. A más del obrar diligente que debe tener un profesional de la salud, deben considerarse aquellas circunstancias en las que se desarrolle dicho actuar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y también aquellos factores endógenos y exógenos para poder calificar de esta forma si el acto médico se circunscribe dentro de la técnica normal requerida.²¹

De las definiciones consignadas anteriormente se desprende la importancia del saber qué es la *lex artis*, qué comprende y cuáles son sus características, pues dependiendo de ésta se puede determinar la existencia de una mala práctica médica o no, es decir, que si el actuar de un profesional de la salud no se encuentra enmarcado dentro de los límites permitidos por la *lex artis*, sería sujeto de una acción en su contra, ya que sería el parámetro con la cual se puede determinar la existencia de una malpraxis.

Es así, que la *lex artis* viene a ser uno de los parámetro más importantes dentro de la responsabilidad médica, pues, como se indicó anteriormente, si bien puede ser aplicado cualquier rama, es en el ámbito de la salud que cobra especial relevancia pues la tarea de un juzgador es verificar si el galeno procesado actuó de la misma forma en la que hubiera actuado cualquier profesional de la salud en su posición. De esta manera la *lex artis* tiene un vínculo estrecho con la figura del deber objetivo de cuidado que será explicada más adelante.

Un caso que generó bastante revuelo en la sociedad ecuatoriana es el procesamiento del Dr. Carlos Julio López Ayala a raíz de una supuesta falta de atención por los disparos sufridos por la francesa Charlotte Stephanie Marie

²⁰ José García Falconí, “¿Qué es la *Lex Artis*?”, (Quito: Universidad Central del Ecuador, 2013). Consulta: 26 de Junio de 2016. <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/08/12/-que-es-la-lex-artis->>

²¹ Francisco Oliva Blásquez, “Responsabilidad Médica” (conferencia, Responsabilidad médica en el Ecuador, Quito, 17 de abril de 2015).

Mazoyer, quien producto de esos disparos falleció en la Clínica Pichincha²². A raíz de estos hechos se inició una investigación por parte de la Fiscalía Provincial de Pichincha sobre el tipo penal vigente a la fecha contemplado en el artículo 42 del Código Penal²³ y en los artículos 13 y 9 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente²⁴, en concordancia con el artículo 12 del ya derogado Código Penal²⁵.

En este caso, han existido pronunciamientos de Tribunal Penal, Corte Provincial y Corte Nacional, esta última sobre recursos de casación y de revisión interpuestos, dentro de los cuales, con excepción de Corte Provincial al resolver sobre un recurso de nulidad y de apelación interpuestos, ningún juzgador emite criterios sobre la *lex artis*. Si bien algunos de ellos explican la figura sin mencionarla de forma expresa, su análisis de responsabilidad del profesional de la salud antes mencionado no radica principalmente en verificar si actuó conforme a la *lex artis*, sino en examinar si su conducta se adecuó a los tipos penales antes indicados, motivo por el cual el Tribunal Penal, la Corte Provincial de Justicia en su recurso de casación, ratificaron la sentencia del inferior y consideraron autor al ya referido profesional de la salud de los delitos tipificados en el antiguo Código Penal y en la Ley de Derechos y Amparo al Paciente.²⁶

²² Ecuador: Sala penal de la Corte Provincial de Pichincha, Amparo al paciente en situaciones de emergencia, Caso 17124-2014-1124, 3 de Julio de 2014

²³ Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo (sic) valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

²⁴ Art. 13.- Los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento del paciente desatendido, con prisión de 4 a 6 años.

Art. 9.- Se prohíbe a los centros de salud públicos y privados exigir al paciente en estado de emergencia y a las personas relacionadas con él, que presenten cheques, tarjetas de crédito, pagarés a la orden, letras de cambio u otro tipo de documento de pago, como condición previa a ser recibido, atendido y estabilizado en su salud.

Tan pronto como el paciente haya superado la emergencia y se encuentre estabilizado en sus condiciones físicas, el centro de salud tendrá derecho para exigir al paciente o a terceras personas relacionadas con él, el pago de los servicios de salud que recibió.

²⁵ Art. 12.- No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

²⁶ Ecuador: SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, [Sentencia del recurso de nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 09 de junio del 2014 dentro de la causa penal No. 0005-2014]

Tanto la defensa técnica del procesado, como fiscalía y acusación particular si se refirieron en sus intervenciones en las distintas instancias a la *lex artis* sin que esto haya sido objeto de análisis por los Tribunales, salvo la Corte Provincial como ya se indicó en líneas anteriores, la cual en la sentencia expedida el 10 de septiembre de 2014 dentro del expediente número 17124-2014-1124 estableció²⁷:

Con respecto, a la responsabilidad, es necesario advertir que tanto el centro de salud como el médico debe atenerse y observar en todo momento la LEX ARTIS, locución latina, literalmente "ley del arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión médica. En términos generales se define la *lex artis* como: "La forma de proceder de un profesional idóneo, profesional que está con su título reconocido legalmente por los organismos universitarios acreditados y que tiene la formación y los conocimientos necesarios para estar ejerciendo. Dicho profesional se encuentra enfrentado a un enfermo que precisa atención médica oportuna y eficaz, basada en la aplicación de medidas terapéuticas que en términos estadísticos corresponde al actuar médico normalmente aceptado, este actuar se circunscribe a lo que es comúnmente aceptado en la comunidad médica nacional e internacional, lo que habitualmente se recomienda hacer en casos similares. Tomando en cuenta el lugar geográfico en la cual se realiza la prestación, los apoyos tecnológicos que se tenga y la oportunidad en que se prestó la atención.

Si bien la Corte Provincial en algo definió y explicó un poco en qué consiste la *lex artis*, no subsumió la figura en los hechos suscitados, sino únicamente analizó los elementos objetivos constitutivos del tipo penal, motivo por el cual ratificó, en la parte dispositiva de la sentencia, el fallo venido en grado.

En conclusión, si bien el caso antes expuesto no tiene directa estrechez con el tema de la presente investigación, es importante mencionar el desenlace del mismo debido a la relevancia mediática que se le dio, y este fue que la Corte Nacional, desechó los fallos anteriormente expedidos que condenaban al Dr. Carlos Julio López Ayala, en base al recurso de revisión interpuesto y sustentado en la causal 3 del artículo 360 del ya derogado Código de Procedimiento Penal²⁸, esto es, por peritajes errados, refiriéndose a los peritajes realizados por médicos franceses los cuales fueron solicitados por la acusación particular. Es así, que el procesado contó con un perito que analizó principalmente el verbo rector "desatender" y en ese sentido, los magistrados de la Corte Nacional determinaron que no existía sujeto

²⁷ Ecuador: SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, [Sentencia del recurso de nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, de fecha 09 de junio del 2014 dentro de la causa penal No. 0005-2014]

²⁸ Art. 360.- Causas.- Habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos:

3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;

calificado para el tipo penal sobre el que se juzgó al profesional de la salud y ordenaron la libertad del mismo.

Deber objetivo de cuidado

Así como la *lex artis* representa unos parámetros sobre los cuales un profesional debe enmarcar su actuar, el deber objetivo de cuidado viene a ser una obligación para los ciudadanos de ceñirse a las precauciones que un determinado escenario requiera a fin de evitar un posible daño.

Esta figura es comúnmente utilizada en el ámbito penal, tal es así que el Código Orgánico Integral Penal lo consagra en su artículo 146 que contiene el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional que a letra reza:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.²⁹

El artículo transcrito contiene los distintos escenarios en los que se produce homicidio por mala práctica profesional, y en todos se habla sobre el deber objetivo de cuidado y las circunstancias que deben concurrir para que no exista ausencia del mismo. De esta manera, la Mediante Resolución No. 01-2014 que consta en el Registro Oficial 246-S de 15 de mayo de 2014 estableció:

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

²⁹ Ecuador, “Código Orgánico Integral Penal”, Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de Febrero de 2014), artículo 146.

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

En consecuencia, es posible afirmar que el deber objetivo de cuidado es uno de los elementos primordiales a constatar en el evento del cometimiento del tipo penal antes indicado, mientras que en una esfera fuera de la penal será un parámetro de consideración, pero no será tan relevante como la *lex artis*, pues esta última tiene una connotación más científica y técnica sobre una actuación profesional, dentro de la cual se deben verificar protocolos, procedimientos, alternativas, doctrinas, criterios, entre otros, entretanto que el deber objetivo de cuidado rige, fuera del ámbito penal, una conducta cotidiana de cualquier individuo.³⁰

1.3.4. Responsabilidad civil

En el derecho existen varios tipos de responsabilidad que se dinamizan a raíz de un incumplimiento que implicaría el quebrantamiento de una ley. Dentro de las más comunes se encuentran la responsabilidad civil, la penal y la administrativa.

En la materia que nos concierne, la responsabilidad civil, de acuerdo con Guillermo Cabanellas, es la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero.³¹

Esta definición si bien es correcta, resulta muy genérica por cuanto para la existencia de responsabilidad civil deben concurrir varios elementos sin los cuales no podría presentarse la obligación de resarcir antes indicada.

Al efecto, Edgardo López, sintetiza la responsabilidad civil en una obligación de responder, resarcir o reparar que se genera por el cometimiento de un hecho ilícito que puede enmarcarse en un delito o cuasidelito, el mismo que se convierte en un reproche a la luz del derecho y que se concreta a través de una indemnización.³²

Dentro de las ramificaciones existentes en la responsabilidad civil y al analizar los distintos escenarios en que se presenta, arribamos a la responsabilidad del profesional de la salud, la cual cuenta con características propias e inherentes al

³⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, [Alcance del Artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal], Registro Oficial, Suplemento No. 180, 15 de mayo de 2014.

³¹ Guillermo Cabanellas, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2003), Tomo VII, p. 193.

³² Edgardo López Herrera, "Manual de Responsabilidad Civil", (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 1-8.

derecho médico las cuales deben ser verificadas para determinar la existencia de la misma, la cual por regla general no deja de ser civil, salvo el evento excepcional de la adecuación de la conducta del profesional de la salud en un tipo penal.

Naturaleza de la responsabilidad médica

Históricamente no ha existido un criterio uniforme sobre qué tipo de responsabilidad se genera a raíz de una mala práctica médica. Por tal motivo, tratadistas han discutido por años sobre si el actuar sanitario se circunscribe en una responsabilidad contractual o extracontractual o aquiliana³³, regida ésta por lo estatuido en el Título XXXIII - De los Delitos y Cuasidelitos - del Libro IV del Código Civil.

La responsabilidad en términos generales, tal como lo enseña Meza Barros, parte de la verificación de la concurrencia de tres elementos: la conducta o actividad ilícita (envuelta en culpa o dolo), el daño o perjuicio y el nexo causal entre ambas.³⁴ Ahora bien, es importante determinar si los elementos antes indicados son el producto de un incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, a la cual se denomina responsabilidad contractual; o por el contrario, si son el producto de un incumplimiento de una obligación establecida en una esfera jurídica diferente a la de un contrato.

Es importante considerar que si bien existen diferentes tipos de fuente de responsabilidad como las que se explicarán a continuación, de las cuales emana el reproche jurídico a la actuación médica, las mismas tienen especial relevancia en el Ecuador, pues hoy en día la diferencia entre cada una de dichas fuentes está claramente marcada y es útil para efectos procesales, reparatorios, legales, entre otros; mientras que en el derecho comparado estos límites se van desvaneciendo, existiendo actualmente una tendencia que promulga una unificación de responsabilidad sin importar su fuente. Inclusive, en el actual Código Civil y Comercial argentino se han unido los tipos de responsabilidad civil, pues el

³³ El origen de la normativa se encuentra en la lex Aquilia de damno dato, de ahí que también se denomine responsabilidad aquiliana, que sometió a reglas uniformes los daños en las cosas por actos inmediatos del autor, y con posterioridad se extendió a los daños en las personas, sustituyendo la venganza por otro mecanismo alternativo, la imposición de una sanción. Esta clase de culpa genera una responsabilidad no porque se incumpla alguna de las obligaciones del contrato sino porque se omite un deber de diligencia que incumbe a toda persona <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA1NjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ90m9DUAAAA=WKE>

³⁴ Ramón Meza Barros, “Manual de Derecho Civil”, Tomo II (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1988), 259.

legislador argentino consideró que resultaba inútil determinar una responsabilidad civil dependiendo del tipo en el que se la encasille, e consideró mucho más práctico simplemente omitir la fuente de dicha responsabilidad, para examinarla en torno a sus consecuencias.³⁵

Responsabilidad contractual

Pablo Rodríguez Grez enseña que la responsabilidad civil es una sola, pero que es menester determinar cuál fue su origen para posteriormente clasificarla y ulteriormente determinar el resarcimiento correspondiente ya sea en daños patrimoniales o morales.

En estricto sentido, la responsabilidad surge a raíz del incumplimiento de una obligación. Algunos autores consideran que las obligaciones surgen del contrato o de la ley, pero esta corriente se ha visto superada, pues en la actualidad el criterio más aceptado es aquel que indica que las obligaciones provienen de la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito. En tal virtud, de acuerdo con el autor ya indicado, responsabilidad contractual sería aquella que se produce si se deja de satisfacer una obligación derivada de un contrato.³⁶

Giovanna Visintini, hace una distinción muy importante dentro de la responsabilidad civil, pues indica que esta puede provenir del dolo o de la culpa. En la investigación que nos ocupa, al tratarse de temas inherentes al acto médico, vamos a partir del supuesto de que no existe dolo en la actuación, puesto que el sólo hecho que el médico realice actos curativos desvanece por completo el deseo de irrogar un mal, por lo cual la responsabilidad innegablemente emana de la culpa.³⁷

Edgardo López indica que por regla, la naturaleza de la responsabilidad de los profesionales es contractual, puesto que el profesional es usualmente contratado para realizar un determinado trabajo adquiriendo esta relación la característica de *intuitu personae*.³⁸

³⁵ Mario Luis Vivas, Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. (Argentina: Pensamiento Civil, 2017). Edición electrónica. Consulta: 20 de febrero de 2017. <<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificacion-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo>>

³⁶ Pablo Rodríguez Grez, “Responsabilidad Extracontractual”, (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2010), 20.

³⁷ Giovanna Visintini, “Tratado de la responsabilidad civil”, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999), 267.

³⁸ López, “Manual de Responsabilidad Civil”, 346.

No obstante, Edgardo López señala que por excepción la relación con los profesionales resulta extracontractual, y dentro de ésta se podría incluir a la relación con los médicos, lógicamente dependiendo del caso en concreto, puesto que si un paciente es atendido por emergencia, no le interesa quién lo atienda, siempre y cuando se logre subsanar la situación de peligro de su salud, en cuyo caso podría existir una relación contractual con la casa de salud, mas no con el médico, lo cual no sucede en un evento en que se quiera que un médico en particular atienda o realice determinada operación quirúrgica, pues en este caso estaríamos probablemente en una relación contractual, nuevamente debiendo estudiar el caso en concreto.

De esta forma, en términos generales, la responsabilidad contractual se produciría cuando deudor o acreedor no cumplan con las obligaciones estipuladas en el contrato y cuando se vulnere la *lex artis*, generando con esto un daño al paciente. Por otro lado, en términos específicos, la responsabilidad contractual tiene lugar cuando el profesional de la salud, sin perjuicio de las cláusulas establecidas en el contrato, ha vulnerado o desobedecido tanto a la *lex artis* como al deber objetivo de cuidado causando con su actuación un daño a su paciente. Un ejemplo un poco más claro de responsabilidad contractual se produce en la medicina estética cuando el galeno decide no mantener una relación médico-paciente sino una profesional-cliente, en cuyo caso y en ocasiones la obligación del médico que por lo general es de medios, se transforma de forma excepcional en una de resultados, siendo el profesional de la salud responsable por las consecuencias de su trabajo. La diferencia entre obligación de resultado y de medio será explicada más adelante.

Ahora bien, tratándose de casos de responsabilidad médica, Giovanna Visintini manifiesta que la responsabilidad sanitaria se origina a raíz de, entre otras cosas, omisión de socorro y de información, así como por dar el alta de forma prematura, además de los deberes preestablecidos de los profesionales de la salud, en cuyo caso, la responsabilidad por lo general es aquiliana, debido a que lo usual es que la relación sea entre paciente y casa de salud y no entre médico y paciente.³⁹

Bueres y Zaffaroni explican un antecedente histórico de la responsabilidad contractual y extracontractual de los médicos, y esto es que en Francia, durante el siglo XIX e inicios del siglo XX la responsabilidad extracontractual de los profesionales de la salud era la predominante para el fallo de los tribunales. Empero,

³⁹ Visintini. “Tratado de la responsabilidad civil”, 274, 275.

con el transcurso del tiempo y a raíz de un fallo de la Corte de Casación de Francia⁴⁰, se acogió un criterio contractualista sobre la responsabilidad médica, motivo por el cual, dado a que existía una permanente búsqueda por un criterio genérico y unificado sobre cómo resolver casos análogos, inició una época de predominancia de la teoría contractualista⁴¹.

Si consideramos que la responsabilidad contractual deriva de un contrato privado de prestación de servicios médicos, podríamos utilizar los siguientes pasajes de la legislación ecuatoriana para enmarcarla:

Art. 1941.- Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, se sujetan a las disposiciones especiales de los Arts. 1931, 1932, 1933 y 1936.

De lo transcrito se colige que la relación profesional médica se puede considerar como cualquier otra relación profesional, dentro de lo que el Código Civil consagra como arrendamiento de servicios inmateriales. Al efecto y con fines explicativos se transcribe el primer párrafo del artículo 1563 *ejusdem* que establece:

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Este artículo representa claramente la responsabilidad emanada de un contrato, en el cual las partes comúnmente son deudor-acreedor y por tanto, muestra los grados de responsabilidad por el incumplimiento del primero.

Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Finalmente este artículo muestra las consecuencias lógicas del incumplimiento, esto es una indemnización por los daños y perjuicios que se le causaron al acreedor, o en el caso que nos ocupa al paciente debido a la no consecución del objetivo planteado por la obligación, o por la consecución de un objetivo distinto.

⁴⁰ Francia. Corte de Casación, Cámara Civil, Dalloz Periodique, 1936-88.

⁴¹ Alberto Bueres, Eugenio Zaffaroni, "Responsabilidad Médica" (Bogotá: Editorial Temis, 2014), 1.

Responsabilidad extracontractual o aquiliana

Tal como se indicó anteriormente, hasta la fecha no se puede tener un criterio unificado sobre qué tipo de responsabilidad tienen los médicos, por lo cual tanto la doctrina contractualista como extracontractualista tienen grandes exponentes y argumentos bastante sólidos. Sin embargo, la legislación ecuatoriana y la doctrina moderna permiten la presencia de ambas, dependiendo del caso en concreto.

Bueres y Zaffaroni⁴² consideran que la responsabilidad aquilina comprende las obligaciones de reparar provenientes de las restantes fuentes fuera del contrato, esto es, gestión de negocios, voluntad unilateral, actos ilícitos, cuasicontratos y obligaciones legales.

Este criterio supondría que la responsabilidad extracontractual es residual, pues abarca todas aquellas obligaciones que no están establecidas en un contrato; sin embargo, es oportuno considerar que los nombrados tratadistas dan una amplia relevancia a la responsabilidad contractual del médico y por tanto desconocen en varios casos, la responsabilidad extracontractual de los mismos, al punto que consignan algunas situaciones generales en las que sí se produce una responsabilidad aquiliana, a saber:

- Cuando los servicios médicos son solicitados por una persona a fin que se preste asistencia a un paciente que no está en condiciones de consentir, siempre y cuando no exista obligación contractual de este último.
- Cuando el actuar del médico configura un tipo penal.
- Cuando el contrato entre el profesional sanitario y el paciente es inválido por encontrarse viciado en alguno de sus elementos esenciales.
- Cuando los servicios médicos fueron suministrados por el facultativo de forma espontánea, es decir, sin intervención alguna de la voluntad del paciente o de sus representantes.
- Cuando se preste atención médica a un incapaz sin requerir la autorización de su representante legal.
- Cuando la actividad médica proporcionada contravenga la voluntad del paciente.
- Cuando los perjuicios de la víctima son directamente atribuibles al facultativo y estos se encuentren fuera de la prestación de la obligación principal.⁴³

⁴² Bueres, Zaffaroni, “Responsabilidad Médica”, 6-13.

⁴³ *Ibíd.*

Si bien los autores ya referidos pretenden establecer de forma taxativa, las situaciones más usuales en las que la responsabilidad médica se enmarque dentro de la órbita extracontractual, al mismo tiempo advierten que los escenarios antes consignados no siempre van a encontrarse en un cuadro de responsabilidad aquiliana, pues como ya se ha mencionado reiteradamente, depende del caso en concreto.

Tal como lo indica Edgardo López, la responsabilidad extracontractual es aquella que surge como resultado de una actividad culposa o negligente de una persona, lo cual genera la obligación de reparar para quien irrogó el daño. Esta obligación se rige por las disposiciones normativas relacionadas con los delitos y cuasidelitos dentro del derecho civil, es así, que es importante aclarar que la culpa con la que se actúa en un escenario de responsabilidad aquiliana, es distinta a la culpa que trata el derecho penal.⁴⁴

En tal virtud, es importante recalcar que la responsabilidad extracontractual puede darse por un hecho propio o por hecho ajeno, mientras que la responsabilidad penal únicamente que surge por un hecho propio.

Hecho propio y hecho ajeno

La responsabilidad extracontractual se debe observarla a su vez desde dos aristas distintas, una, cuando existe culpa por hecho propio y otra por hecho ajeno. La primera es muy sencilla, pues resulta lógico que una persona asuma responsabilidad por sus propios actos.

Al respecto, Edgardo López indica que el hecho propio es un factor de atribución subjetivo que también es conocido como cuasidelito, cuando se actúa con culpa, o como delito, cuando se actúa con dolo, en el que se imputa a su autor de los daños producidos por sus actos.⁴⁵

Por regla general, la carga probatoria para demostrar la responsabilidad en el hecho propio recae en la víctima, pues ni culpa ni dolo se presumen, por lo cual el actor debe demostrar el daño sufrido y atribuirlo al demandado, con las excepciones (de existir) que establezca la ley.⁴⁶

⁴⁴ López, “Manual de Responsabilidad Civil”, 346.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., 347.

Por su parte, el hecho ajeno, de acuerdo con Rabinovich-Berkman, ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina anglosajona en donde se trata una “responsabilidad sustitutiva” (vicarious liability) en la cual el médico responde a las consecuencias de actos que no fueron realizados por él mismo, sino por terceros.

Dentro de este tipo de responsabilidad es posible constatar la culpa *in vigilando*, cuando yerra en controlar las tareas que realiza el miembro de su equipo; y la culpa *in eligendo*, cuando yerra en elegir a las personas que forman parte de su equipo, quienes puede ser no aptas o calificadas para la realización del acto médico en concreto.

En ese sentido, de acuerdo con el autor, mal podría tratar la doctrina a este tipo de responsabilidad como “por hecho ajeno”, “derivada” o “sustitutiva, pues a pesar de que se produjo un daño por actos de un tercero, el fundamento de la responsabilidad radica en el galeno por su falta de no hacer (*in vigilando*) o de hacer mal (*in eligendo*) y no en el error de otro.⁴⁷

Responsabilidad institucional

Todas las instituciones que prestan servicios de salud, son susceptibles de ser demandadas por un paciente o por un familiar de un paciente que ha quedado inconforme con el resultado del actuar del personal de la misma.

La importancia de verificar la responsabilidad de las instituciones sanitarias, radica en que al hacerlo, sería posible distinguir la existencia de responsabilidad subjetiva u objetiva a raíz del daño causado, para posteriormente determinar si el médico es el único responsable, si la clínica es la única responsable, o si son ambos quienes deben responder y resarcir el daño irrogado, sin que al hacerlo, se incurra en una doble indemnización a favor de la víctima.

Al respecto, Rafael Aguiar-Guevara, en su Tratado de Derecho Médico, explica que la responsabilidad de la institución de salud es netamente objetiva, pues dista de la responsabilidad subjetiva, la misma que se enfoca en la relación médico-paciente en la cual se pretende comprobar la posible existencia de culpa por parte del galeno, mientras que en tratándose de responsabilidad objetiva, lo primordial resulta ser el daño.⁴⁸

⁴⁷ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 501.

⁴⁸ Rafael Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, Volumen I, (Editorial Jurídica del Ecuador: Quito, 2015), 678.

Para ilustrar con mayor claridad la responsabilidad institucional, Aguiar-Guevara recurre a una explicación ejemplificativa, la cual es parafraseada a continuación para efectos de conseguir una mayor comprensión del tema:

- Una paciente presenta problemas gineco-obstétricos.
- La decisión terapéutica fue practicar un legrado uterino.
- Durante el curetaje se perforó el útero, lo cual hizo necesario una intervención quirúrgica reparadora.
- Después de la intervención y de los exámenes respectivos, se procedió al alta de la paciente, pese a que presentaba dolores abdominales y dificultad respiratoria.
- Ante la continuidad de molestias, se realizan nuevos exámenes y se detecta un neumoperitoneo (presencia de aire en el abdomen producido a raíz de entre otras cosas, perforación de un órgano) motivo por el cual se decide volver a intervenir a la paciente, y se perforan las asas intestinales.
- Luego de la curación respectiva y del alta definitiva del paciente, se le presentan los honorarios de los médicos que intervinieron, así como los valores a pagar por cuidados intensivos y hospitalización.
- La reflexión que realiza el autor es: debe la paciente cancelar los gastos por la segunda operación, cuando lógicamente no es responsable que el cirujano haya perforado su intestino (¿?).⁴⁹

Este ejemplo es una clara muestra de responsabilidad objetiva de la institución, pues de esta se colige que al paciente se le ha causado un daño, no solo por su operación y por el padecimiento que se le hizo atravesar producto de una enfermedad originada por el mal actuar del médico, y no únicamente ese es el daño, sino que claramente se le genera un daño patrimonial por todos los valores que se le exige pagar.

Si bien para el autor, el ejemplo consignado permita colegir una responsabilidad objetiva de la casa de salud, quizás este paradigma no sea del todo aplicable en nuestro sistema jurídico, debido principalmente a la ‘corresponsabilidad’ de las casas de salud que establece el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud, así

⁴⁹ Rafael Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, Volumen I, (Editorial Jurídica del Ecuador: Quito, 2015), 686.

como la teoría de la responsabilidad indirecta que subsume de mejor forma la potencial responsabilidad del nosocomio.

Adicionalmente, el autor antes mencionado, cita tanto a Rabinovich-Berkman y luego a Alberto Bueres para perfeccionar su análisis sobre la responsabilidad de las casas de salud. El primero, en un análisis de una sentencia Argentina esgrimió:

Independientemente de la responsabilidad directa del médico frente a sus pacientes por las culpas en que incurren en su intervención profesional, existe también una responsabilidad directa de la entidad sanitaria que se ha obligado a dar asistencia al paciente.⁵⁰

Por su parte, Bueres afirma que no es menester que exista relación de dependencia o subordinación entre el médico y la institución, pues la responsabilidad objetiva de esta última surge del quebrantamiento de su deber de garantía de los servicios, personal e insumos, y en la violación de la mediación de su deber de vigilancia que las autoridades de la casa de salud deben observar sobre las personas que concretarán dichos servicios.⁵¹

En conclusión, siempre puede existir responsabilidad institucional, inclusive con los médicos en libre ejercicio de su profesión, e inclusive, después de suscribir documentos con una leyenda tendiente a eximir a la casa de salud, la cual por lo antes explicado resulta completamente fútil. De esta forma, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, trata de sintetizar esta responsabilidad institucional en la Ley Orgánica de Salud Pública, que a letra reza en su artículo 203: “Los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos.”

En este pasaje normativo se da el grado de ‘corresponsabilidad’ a las casas de salud sobre la actuación de los profesionales sanitarios que presten sus servicios en ellas, sin embargo este es un tema que será disertado posteriormente en la presente investigación. Por ahora es prudente únicamente señalar que las instituciones que prestan servicios de salud, pueden llegar a ser responsables sobre los daños generados a sus pacientes, en virtud de la obligación de cuidar y precautelar no solo el bienestar de sus pacientes, sino el actuar de los profesionales que los tratan. Si bien es cierto que el o los representantes de las instituciones de salud no tienen control directo sobre cada acto médico de sus galenos, también es cierto que la norma antes

⁵⁰ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 501.

⁵¹ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 678-688.

transcrita tampoco hace una excusión u orden para la reclamación de las indemnizaciones civiles a las que se cree acreedor el paciente o familiares del paciente afectados por la prestación irregular de los médicos de dicha institución.

En conclusión, si bien la bibliografía citada tiende a coincidir que la responsabilidad de las instituciones sanitarias es objetiva, es importante, para efectos de aplicabilidad de la misma en el derecho ecuatoriano, dilucidar cuál es la fuente de dicha responsabilidad objetiva, siendo ésta, tal como los nombrados autores lo indican, la culpa del médico, lo que obliga a reflexionar, si primero debe existir culpa del profesional de la salud, no implicaría esto que para la responsabilidad objetiva de las casas de salud debe existir previamente una responsabilidad subjetiva del profesional médico, y esto no supondría a su vez, que en el evento de pretender iniciar una acción en contra de una casa de salud por su aparente responsabilidad objetiva, no debería demostrarse en ese mismo proceso, o inclusive de forma previa, una responsabilidad subjetiva de los intervinientes en el incidente médico (¿?). Tanto responsabilidad subjetiva como objetiva son explicados más adelante en la presente investigación.

Capítulo II

Acción civil de daños

Una vez explicados los elementos necesarios para la comprensión sobre el acto médico, la conducta culposa de los galenos y en general sobre la parte sustantiva de la praxis médica y sobre sus consecuencias y distintos tipos de responsabilidad derivada de la conducta de dichos profesionales, es oportuno iniciar la ilustración del juicio civil de daños, acción que tomaría especial relevancia ante una mala práctica médica.

2.1. Juicio ordinario de daños

El juicio ordinario civil de daños no es la única alternativa que tienen las víctimas de una mala práctica médica y sus abogados para iniciar frente al incidente médico, pues existe un tipo penal que permitiría una acción dentro de esta rama del derecho, así como una acción administrativa ante el Ministerio de Salud Pública y una acción por derechos del consumidor ante un juez de contravenciones, sin embargo la propuesta de la presente investigación es ceñirse en la explicación de la efectividad de la acción civil de daños para aquellos quienes fueron víctimas de una mala praxis médica, sin que para el efecto se comparen los distintos tipos de acciones antes indicados, pues esto quedaría a criterio de cada profesional del derecho, por lo cual el núcleo de la presente investigación implica explicar los beneficios de la acción civil de daños e indicar cómo se obtendría resultados favorables dentro de este proceso.

2.1.1. Legitimación activa

Ante el padecimiento de un daño, ya sea este patrimonial o extrapatrimonial, atribuible a una determinada persona, lógicamente quien tiene derecho para iniciar una acción es aquel que sufrió el daño.

En la malpraxis médica, es frecuente que el daño sufrido puede resultar irreversible e inclusive producir la muerte, en cuyo caso la parte legitimada activa serían los herederos quienes en calidad de derechohabientes pueden demandar una

reparación por daños patrimoniales, e inclusive, con un mayor grado de dificultad, daños materiales.

Ahora bien, es oportuno recordar lo que señala Francisco Oliva al respecto, ya que hace una distinción importante y es que en caso de muerte, el daño propiamente lo recibiría aquella persona allegada al fallecido y su derecho surge a raíz de la muerte de éste, de esta forma se configura la legitimación de aquellas personas que acrediten la cercanía con el paciente difunto a fin de reclamar *iure proprio* una indemnización por daños materiales y particularmente morales al haber experimentado la muerte de un ser querido.⁵²

La relevancia de esta distinción radica en que por defecto los juicios ordinarios de daños son incoados por aquellos pacientes quienes fueron víctimas de malpraxis médica, pero por excepción, en el evento en que se cause la muerte al paciente, la legitimación se transmite a las personas más cercanas a él, existiendo a su vez una diferencia entre los daños reclamados por el paciente, y los daños reclamados por sus seres queridos, siendo los primeros de naturaleza más patrimonial que extrapatrimonial y los segundos de naturaleza más moral que patrimonial.

Al efecto, José García Falconí indica con claridad que en ocasiones la víctima no solo es el directamente afectado por el hecho ilícito, pues el daño producido puede también alcanzar a terceros, como es el caso de la muerte de un ser querido, puesto que este es uno de los daños más profundos y por lo tanto indemnizable si se debe a un hecho ilícito atribuible a un determinado agente.⁵³

No obstante, tanto lo indicado por Francisco Oliva como por García Falconí reviste un potencial riesgo ya que la legitimación activa, especialmente para la reclamación de daños extrapatrimoniales es bastante general, lo que abre una puerta para cualquiera que sienta un agravio, a iniciar una acción por el cometimiento de un hecho ilícito. Esta generalidad debería encontrarse delimitada por la ley o la jurisprudencia, sin embargo al mantenerse la aptitud legal para demandar de forma tan genérica permite que las personas abusen del derecho y presenten demandas por el simple hecho de obtener con su actuar una recompensa económica. En la esfera de responsabilidad médica únicamente deberían tener la facultad de demandar (cuando hay muerte del paciente) los familiares directos, sin embargo al no existir un límite

⁵² Oliva Blásquez, “Responsabilidad Médica”

⁵³ José García Falconí, “Parte práctica del juicio por la acción del daño moral y forma de cuantificar su reparación”, (Ediciones Rodin: Quito), 42.

para ello, pueden iniciar una acción amigos, parejas y simplemente gente cercana que se sienta perjudicada en su psique por el deceso del paciente.

2.1.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva en el juicio ordinario de daños resulta un poco más compleja que la activa, por cuanto es necesario analizar con detenimiento quién irrogó el daño, y en base a ello plantear la demanda correspondiente, considerando que en una intervención a un paciente puede existir responsabilidad del galeno, de un miembro de su equipo de asistencia y/o de la casa de salud.

En el capítulo anterior de la presente investigación se explicaron quiénes pueden ser legitimados pasivos a más del médico tratante, es decir, la casa de salud y el equipo del propio médico.

Casas de salud como parte demandada en juicio de daños

Como ya se indicó en líneas anteriores, el prenombrado artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud establece “corresponsabilidad” de las casas de salud por las actuaciones de sus profesionales dentro de sus instalaciones. No obstante, hay ocasiones en que las instituciones sanitarias no pueden ser consideradas corresponsables ni responsables solidarias o indirectas frente a los pacientes, pues también pueden tener responsabilidad de forma directa, tal como sucede en el ejemplo a plantearse a continuación.

Aguiar-Guevara explica que en ocasiones los servicios a cumplirse por las instituciones sanitarias pasan desapercibidos, pero que el incumplimiento de ellos, particularmente en lo concerniente a las obligaciones que tienen para con sus pacientes, devienen en una responsabilidad institucional directa. Estas obligaciones se asemejan a las que constan en un contrato hotelero que justamente consagra los deberes de los hoteles para con sus huéspedes, a saber:

- Alojamiento.
- Alimentación.
- Transporte.
- Cuidado.
- Suministro.

- Personal idóneo y capacitado.⁵⁴

Es así, que al igual que las obligaciones que debe tener un hotel con sus huéspedes, las casas de salud deben mantener las mismas con sus pacientes y por tal razón, el incumplimiento en una de las mismas podría generar un derecho para los pacientes para demandar a la institución sanitaria por dicho incumplimiento.

De las obligaciones antes consignadas, hay algunas que por su naturaleza y características cuentan con mayor importancia frente a las otras, como por ejemplo: la obligación de la casa de salud de proveer al paciente con el cuidado y personal idóneo y capacitado; pues este deber de la institución sanitaria, a más de ser fundamental para la salud del paciente, genera un mayor grado de responsabilidad al nosocomio.

Lo antes manifestado no obsta que exista responsabilidad institucional por el incumplimiento de las obligaciones restantes, por ejemplo si no existe una apropiada alimentación, se podría poner en una condición crítica al paciente después de su intervención, o peor aún, se le podría alimentar con comida a la cual es alérgico; la obligación de proporcionar el correcto suministro de insumos y medicamentos también goza de relevancia, pues la cantidad, calidad y tipo del producto debe ser el preciso para la atención, mejora y recuperación del paciente, pues en el evento en que sean contraproducentes para este, podría producirse una situación de responsabilidad médica.

Por su parte la obligación de alojamiento quizás no puede parecer tan importante como la alimentación, cuidado o personal idóneo, sin embargo en el evento en que una sala o habitación no ha sido propiamente desinfectada y el paciente contrae una infección anaeróbica, sin duda existe una responsabilidad directa de la casa de salud.

Lo mismo sucede con la obligación de transporte, pues un paciente por sí solo, en caso de que su salud se encuentre gravemente afectada, no podría tener mayor transporte dentro de una casa de salud, sino en pocos momentos como al instante de su llegada, cuando se lo moviliza en ambulancia, cuando se lo traslada de una casa de salud a otra, o inclusive cuando es movido por distintas habitaciones dentro de la propia institución sanitaria, ya sea en camilla o en silla de ruedas. En estos escenarios, en el supuesto no consentido que se produzca una caída o un mal

⁵⁴ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 699-700.

manejo de los medios de transporte de las casas de salud, la cual sea atribuible al personal de la misma, la responsabilidad recaerá en dicha institución, generando lógicamente el derecho para iniciar una acción de daños para la víctima.

La legitimación pasiva de las casas de salud no se origina únicamente como la doctrina antes citada lo menciona, sino que su calidad de responsable emana de la propia ley, pues tal como se indicó en páginas anteriores, la Ley Orgánica de Salud Pública, en su artículo 203 otorga la calidad de corresponsables a las instituciones donde se presten servicios de salud, de las actuaciones que los profesionales sanitarios realicen en ellas. En ese sentido, dicha normativa otorga la calidad de legitimada pasiva a las casas de salud al ser corresponsables de una actuación revestida de inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia de sus profesionales para con el paciente, quedando inclusive a discreción del actor a quien dirigir su acción, si únicamente al médico, si a la casa de salud, o a ambos.

Finalmente, por las consideraciones antes expuestas, las obligaciones constantes en el contrato hotelero son similares a las que deben tener las casas de salud con sus pacientes, motivo por el cual el incumplimiento de una de ellas puede derivar en una afectación al paciente y consecuentemente en un escenario de responsabilidad para la institución.

Responsabilidad derivada o directa de las casas de salud

En un caso de mal praxis médica, es innegable la responsabilidad directa por parte del galeno a raíz de su actuación que generó un perjuicio para su paciente. No obstante, no es tan sencillo establecer esta responsabilidad para las instituciones sanitarias al punto que no existe un criterio unificado en el tema.

De esta manera se establece que los hospitales, clínicas y similares tienen una responsabilidad derivada para con el paciente, pues deben hacer frente a una actuación de un tercero (médico) o de su personal (enfermeras, asistentes, etc.), lo cual representa que son responsables de forma derivada por la atención de dichos profesionales sanitarios, pero al mismo tiempo responsables directos en virtud de la relación contractual o extracontractual con el paciente o sus representantes, de la cual se desprende el compromiso del centro de salud por cuidar, asistir, atender, alimentar, curar, entre otras, al afectado.

En ese sentido, existe completa discrecionalidad por parte del legitimado activo para iniciar una demanda en contra de la persona física que causó el agravio

para el paciente, o en contra de la casa de salud en donde se produjo dicho agravio, siendo esta legitimación bastante amplia, debiendo ser regulada la misma por la ley, sin que esto haya sucedido hasta la fecha.

Prerrogativa del paciente para demandar

La existencia de la norma que consagra la corresponsabilidad de los centros sanitarios sobre las actuaciones de los profesionales de la salud permite a los pacientes o sus representantes demandar a quien mejor lo consideren.

Para el efecto, se considera mucho la capacidad económica de quien será sujeto pasivo de una demanda, pues tal como lo establece Rabinovich-Berkman el patrimonio de una institución sanitaria es mayor que el de un médico y mucho mayor que el del personal quien lo asistió. Además, si se considera la posibilidad que ni siquiera la casa de salud sería la encargada de cancelar una posible indemnización al paciente, sino un tercero que sería una compañía de seguros o de reaseguros, la opción de demandar a la institución sanitaria se vuelve mucho más interesante, con el riesgo que esta alternativa conduzca a las personas a presentar demandas superfluas y abusivas.⁵⁵

Para determinar quién será el demandado en el evento de una mal praxis médica, influye mucho el criterio del abogado, pues es él quien debe primero analizar la situación para luego asesorar y recomendar a su cliente sobre cuál es el mejor mecanismo para conseguir la finalidad trazada, dentro de lo cual lógicamente se verificarían los caudales económicos de los posibles legitimados pasivos, considerando que hoy en día, y cada vez con mayor acogida, se comercializan por parte de las aseguradoras, productos para los profesionales sanitarios, tanto para indemnizar sus actuaciones culposas, como para patrocinio legal.

Sin duda alguna, las demandas en contra de instituciones de salud, al acabar siendo afrontadas por personas jurídicas ajenas a las circunstancias dañosas, representan por motivos económicos, una alternativa más atractiva para quien incoará la acción de daños. Empero, el profesional del derecho que patrocinará la causa debe explicar al legitimado activo sobre la frivolidad que implicaría iniciar una demanda en contra del ente sanitario por simples fines económicos, así como el posible cometimiento de un abuso del derecho. Es así que de continuarse con la

⁵⁵ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 22.

acción en la casa de salud por temas pecuniarios, ésta a su vez, tendría derecho para ejercer un juicio de repetición en contra del profesional de la salud, sin que esto sea una actuación común en la práctica.

En consecuencia, y reiterando lo indicado en líneas anteriores, para determinar al legitimado pasivo de la acción civil de daños, es importante verificar la solvencia de los potenciales demandados, los elementos probatorios con los que se cuente, y la claridad de los elementos de responsabilidad en cada caso, a fin que pueda existir una asesoría legal correcta sobre cuál será el demandado en el juicio a iniciarse, quedando lógicamente a discreción del actor el elegir a la persona (natural o jurídica) que va a soportar el juicio en su contra, dependiendo naturalmente de cuál es su deseo o interés, pues puede darse el caso en que no se pretenda ninguna reparación económica sino por el contrario, una sanción sobre el ejercicio de la profesión del galeno, en cuyo caso este sería indudablemente que el legitimado pasivo sería el profesional de la salud.

2.1.3. Responsabilidad indirecta, solidaria y corresponsabilidad

Como ya se ha explicado anteriormente, en el evento de una malpraxis médica, no sólo el médico es el llamado a responder ante un daño al paciente, sino que todos sus intervinientes son responsables, lógicamente dependiendo de su participación. Sin embargo, existen circunstancias en las que se responde por hechos de un tercero, ya sea cuando la institución sanitaria responde por la atención de sus médicos o del personal de apoyo, o cuando los médicos responden por la actuación de sus auxiliares.

Al momento en que una persona se vuelve responsable a más de sus propios actos, de los actos de terceros que son a su vez responsables, nos encontramos frente a una responsabilidad indirecta. Esta forma de responsabilidad fue abordada en el primer capítulo de la presente investigación cuando se habló sobre el hecho propio y el hecho ajeno. Es así que la responsabilidad indirecta del nosocomio se presenta en dos escenarios, cuando existe responsabilidad *in vigilando* o responsabilidad *in eligendo*, refiriéndose estos dos parámetros principalmente al profesional de la salud, ya que al tratarse del personal propio de la casa de salud, la responsabilidad de esta última es por demás clara por tratarse de dependientes, mientras que si se pretende establecer una responsabilidad de la institución médica por los actos del galeno, debe

innegablemente demostrarse si existió culpa por elegirlo (in eligendo) o por no supervisar su actuar (in vigilando).

Por su parte, el paciente puede dirigir su acción ya sea directamente en contra de la casa de salud en virtud de los motivos ya esgrimidos de forma reiterada, o en contra del médico, al considerarlo a éste responsable por la actuación de su personal, bajo los mismo parámetros establecidos en el párrafo anterior, esto es, culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Es así, que si el reiterado artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud Pública no estableciera la palabra ‘corresponsables’, la responsabilidad de las casas de salud para con sus profesionales sería innegablemente indirecta.

Por su parte, la responsabilidad solidaria también se presenta en la esfera de responsabilidad médica, entendiéndose por solidaridad aquella que surge a raíz del acuerdo de voluntades o por ministerio de la ley. La solidaridad cuenta con un capítulo entero en nuestro Código Civil, pues en el título IX, particularmente en los artículos 1527 y 1530 respectivamente se puede encontrar:

Art. 1527.- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito (...).

Art. 1530.- El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

De estos pasajes normativos se desprende que el acreedor (de un servicio: paciente) puede dirigirse en contra de todos aquellos que son responsables por el cumplimiento de la obligación, esto es, en contra del deudor principal (posiblemente el médico) o de sus solidarios (auxiliares, casa de salud).

La aptitud legal por parte del paciente o de sus allegados que hayan padecido un daño, para incoar una acción en contra de las instituciones sanitarias, ha quedado explicada y ejemplificada en líneas anteriores, lo cual denota que existe *a priori* una responsabilidad indirecta de las casas de salud, o una responsabilidad solidaria o corresponsabilidad (en el caso del Ecuador) dependiendo de cada caso y de cada legislación.

Es así que Francisco Oliva Blásquez sostiene que el profesional es civilmente obligado por la actuación de sus auxiliares debido a que puede darse un evento de responsabilidad contractual o extracontractual. En el caso de responsabilidad contractual se entiende que la prestación pactada en el contrato es incumplida por la

conducta de sus auxiliares, y que el deudor (médico) responde por dicha falta por la totalidad de la obligación principal.⁵⁶

En cuanto a la teoría de responsabilidad indirecta dentro de la esfera de la responsabilidad médica, es importante indicar, que tanto los precursores de esta doctrina como sus detractores son coincidentes en que el derecho de acción del paciente en contra del médico directamente emana gracias a su calidad de “inferioridad” que mantiene al momento de ser intervenido, puesto que se encuentra ya sea inconsciente o imposibilitado de ver mientras se lo trata/opera, y por tal motivo le resulta imposible determinar quién fue la persona cuyo actuar derivó en un detrimento físico o emocional en su contra.⁵⁷

Al respecto, en Código Civil ecuatoriano se puede encontrar dos artículos que subsumen con claridad la responsabilidad solidaria generada de forma extracontractual:

Art. 2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. (...)

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los *artesanos* y *empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes*, en el mismo caso.” (el énfasis me pertenece)

Art. 2225.- Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, tendrán derecho para ser indemnizadas con los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el Art. 2219.

En el primero de los artículos transcritos se puede determinar de forma diáfana que aquellos artesanos o empresarios son solidariamente responsables de quienes actúan bajo su comando, lógicamente entendiendo al vocablo artesano o empresario dentro de un contexto de aquel que ejerce su *lex artis*.

En el segundo se consagra que existe un derecho de repetición por quienes deben responder por la indemnización de sus dependientes siempre y cuando éstos últimos no hayan circunscrito su actuar dentro de una obediencia debida.

Con respecto a la corresponsabilidad es importante indicar que es un término que hay que utilizarlo con cautela dentro de un ámbito jurídico, puesto que no existe como institución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ni en cuerpos normativos de países cercanos. Esto se debe a que la diferencia entre corresponsabilidad y responsabilidad solidaria es verdaderamente tenue, pues al empatar ambos términos

⁵⁶ Oliva Blásquez, “Responsabilidad Médica”

⁵⁷ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 235.

se podría concluir que la corresponsabilidad implica un grado mayor de responsabilidad que la responsabilidad solidaria, sin embargo desde un punto de vista pragmático, esto no es así, y la diferencia al momento de llevar dichos términos a un campo procesal, se vuelve prácticamente inexistente.

Por tal motivo, es importante recordar que la corresponsabilidad de las casas de salud sobre la actuación de los profesionales sanitarios dentro de ellas se encuentra establecida en el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Salud, que lo hemos reiterado en varias ocasiones anteriormente. Este término obedece a un antecedente histórico, el cual para fines didácticos es importante mencionarlo, y este es que, previo a la promulgación de mentada ley en el año 2006 existía una gran cantidad de demandas en contra de médicos, quienes se veían obligados a responder por sí solos ante cualquier pretensión del paciente, puesto que la clínica se deslindaba de cualquier tipo de responsabilidad ante una reclamación. Por su parte el paciente sabía que únicamente podía dirigir su acción en contra del médico, temiendo que éste, al ser una persona natural y con recursos (relativamente), pueda huir o sea difícil de encontrarla, lo cual lógicamente entorpecería el proceso.

Es así, que el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud Pública, mencionado reiteradamente en la presente investigación, surgió por una necesidad normativa que permita poner un alto al ese entonces sistema médico irresponsable e impune frente a su actuación para equilibrar un poco la balanza con respecto a los pacientes. Esta iniciativa legal tenía como objetivo primario el responsabilizar también a las casas de salud, aduciendo que esto no sólo representaría mayor seguridad para el médico, sino también para los pacientes, toda vez que el dirigir una acción ante una institución con domicilio fijo, consolidada y con recursos implicaba mayor respaldo que el demandar a una persona natural. De esta forma el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud es una consecuencia de una solución planteada frente una práctica frecuente a la época, siendo ésta posiblemente la principal razón por la cual no se utilizó el término “solidariamente responsable” sino, “corresponsables”, teniendo este último término una connotación más fáctica que jurídica, debiendo ser lo adecuado el establecer que las casas de salud serán responsables de forma solidaria en caso de que así lo establezca la ley o indirecta en caso de que no.

2.2. El daño en la mala práctica médica

El daño viene a ser el punto neurálgico de la presente investigación, pues si concurren los elementos que lo componen, y el órgano jurisdiccional competente los verifica después de analizar la prueba aportada y de realizar el ejercicio de subsunción respectivo, daría como resultado una sentencia favorable o desfavorable para el médico o la casa de salud, motivo por el cual el análisis y comprensión del presente punto resulta indispensable para los efectos procesales deseados.

El daño puede ser físico cuando existe un detrimento al cuerpo del paciente o incluso la muerte del mismo, mientras que es extrapatrimonial o moral cuando existe una afectación psicológica al paciente. Ambos tipos de daño pueden presentarse a la vez, pues un paciente puede ser víctima de un daño físico y a raíz de este daño, padecer una afectación psicológica y emocional, sin embargo cuando se produce el fallecimiento del paciente, el único daño a reclamarse por sus familiares sería el moral, toda vez que el titular de la acción de daños corporales pereció. En ambos tipos de daños la pretensión es una indemnización por daños y perjuicios.

2.2.1. Elementos del daño

Imputabilidad

Este término, si bien tiene un lugar primordial en la órbita penal, es importante que sea determinado en el campo civil para efectos de atribución de responsabilidad.

La imputabilidad es el vínculo que existe entre el daño sufrido y la persona que lo irrogó, lo cual será detallado más adelante cuando se trate sobre la relación de causalidad o nexos causal.

Dentro de la relación médico-paciente, un claro ejemplo de inimputabilidad sería el paciente que, después de haber sido recetado con medicamentos, decide no consumirlos, produciéndose un daño físico en cualquiera de sus órganos. En este caso, si bien existe un daño, este no es imputable al médico, pues este último obro conforme le manda su *lex artis*, siendo el paciente el responsable del daño sufrido, eximiendo de esta forma al galeno.

Responsabilidad subjetiva

La responsabilidad subjetiva es la imputación común existente hacia una persona, es decir, cuando a un agente se le atribuye responsabilidad sobre el daño generado en base a su actuación.

Dicha atribución debe estar vinculada directamente al daño, a través del nexo causal, por lo cual en el evento en que no se logre demostrar de forma absoluta que la conducta del agente fue la causante del daño, se deberá exonerar al mismo.

En el caso de mala práctica médica, la responsabilidad del galeno es subjetiva, pues de acuerdo con el legitimado activo de la acción, la negligencia, impericia o imprudencia del acto médico derivó en lesiones o incluso en la muerte del paciente.⁵⁸

La responsabilidad subjetiva varía levemente dependiendo de si su origen fue contractual o extracontractual, lo cual fue explicado en el capítulo que precede.

Responsabilidad objetiva

De acuerdo con Francisco Oliva, la responsabilidad objetiva se centra en atribuir al agente el daño producido únicamente acreditando el daño y la relación de causalidad. Dentro de la esfera de responsabilidad médica el único mecanismo de exoneración dentro de esta doctrina es un evento de fuerza mayor que resulte imprevisible e inevitable, particularmente en los pacientes quienes presenten reacciones extrañas, las mismas que no pudieron preverse o evitarse por parte del profesional de la salud.⁵⁹

Es importante tomar en consideración que la responsabilidad objetiva no podría aplicarse de forma directa para pretender imputar a una institución de salud de naturaleza privada por la actuación de los profesionales de la salud, pues ésta es responsable por la actuación de sus dependientes (responsabilidad indirecta) y de los servicios que presta como casa de salud (atención, cuidado, alimentación, limpieza, etc.), mas no por la actuación de los profesionales en ella, pues sin perjuicio de los que establece el reiterado artículo 203 de la Ley Orgánica de Saludo Pública, primero debería concurrir una responsabilidad subjetiva por parte del médico en torno al daño que generó, para que después exista una objetiva por parte de las casas de salud, lo cual no sucede al tratarse de una institución pública.

⁵⁸ Rubén Morán Sarmiento, “El daño”, (Guayaquil: Edilex, 2010), 165.

⁵⁹ Oliva Blásquez, “Responsabilidad Médica”.

Lo antes manifestado cuenta con corrientes antagónicas entre los tratadistas que desarrollan el tema de la responsabilidad objetiva tal como se indicó previamente en la presente investigación al tocar el tema de la responsabilidad de las casas de salud. De esta manera, es importante recordar que varios autores coinciden en que la responsabilidad de las instituciones es innegablemente objetiva, verbigracia Bustamante Alsina quien indicó que la responsabilidad de las clínicas es claramente objetiva, pues una vez acreditada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable para la casa de salud, quedando en manifiesta violación el crédito a la seguridad del paciente, sin que le sea posible al establecimiento probar su no culpa en la elección o en la vigilancia.⁶⁰

La responsabilidad objetiva surge como resultado de la teoría del riesgo, en virtud de la cual debe responder civilmente aquel que utiliza y pretende sacar provecho de cualquier medio que le represente un beneficio, siempre que a través de dicho medio se genere un riesgo, considerando que la actividad médica es riesgosa en sí⁶¹. La doctrina precursora de la teoría del riesgo es criticada pues si bien facilita la imputación de responsabilidad, en ocasiones se vuelve bastante injusta debido a que prima la existencia de un daño para buscar al responsable del mismo, es decir, es a todas luces inquisidora, por lo cual a raíz de ella se crearon principios como el *res ipsa loquitur* o la pérdida de chance, también explicados en esta investigación.

Sin perjuicio de lo antes indicado, la responsabilidad objetiva toma especial relevancia, de acuerdo con Francisco Oliva, al momento de tratar la imputación en la sanidad pública, pues el artículo 11.9 de la Constitución establece:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.⁶²

El criterio del autor antes mencionado podría fácilmente ser aplicado, pues si bien el artículo citado de la constitución determina la obligación de resarcir por un servicio público defectuoso, esto no elimina la responsabilidad subjetiva que pueden tener los profesionales de la salud en las instituciones sanitarias públicas, pues la ley no hace

⁶⁰ Jorge Bustamante Alsina, Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992), 150.

⁶¹ Morán Sarmiento, "El daño", 177.

⁶² Oliva Blásquez, "Responsabilidad Médica".

una distinción en la responsabilidad civil si el imputado es persona natural o jurídica, privada o pública. Ante este supuesto, el Estado ejercerá el derecho de repetición que goza en contra de los profesionales de la salud que han generado el daño, debiéndose probar cuando menos, que el médico actuó con culpa.

Confluencia de responsabilidad subjetiva y objetiva

La labor primordial del juez, previo a la emisión de su fallo, es verificar la existencia de una determinación subjetiva, determinación objetiva y relación de causalidad en la cual se verifique la participación del procesado ya sea con negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia.

Tal como se indicó anteriormente existen distintas aristas dentro de la teoría del daño, en las cuales, dependiendo del tipo de responsabilidad que exista, se determinaría sobre quién recaería la legitimación pasiva en un juicio de daños.

Ahora bien, es importante recordar que inclusive en la responsabilidad objetiva, es menester verificar un elemento subjetivo, pues sin éste no podría demostrar la responsabilidad antes referida, y, hablando en términos generales en casos de mala práctica médica, es el actuar del profesional de la salud la causa directa del daño, por lo cual la subjetividad del daño estará presente y deberá ser demostrada por el actor y verificada por el juzgador incluso en tratándose en casos de responsabilidad objetiva.

Antijuridicidad

En términos general, para verificar la existencia de responsabilidad, la conducta dañosa debe ser antijurídica, esto es, debe lesionar un interés ajeno tutelado por la ley, por lo cual al irrogarse un daño estaríamos frente a un hecho ilícito y por tanto, antijurídico.

Ahora bien, para la determinación objetiva de responsabilidad, se excluyen de la antijuridicidad aquellos hechos fruto de caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto estos son hechos fuera de la voluntad del hombre, verbigracia un árbol que cae en propiedad ajena, si bien existe un daño que debe ser reparado, este no es fruto de la voluntad del propietario del terreno donde se encuentra el mismo, siendo este el obligado a reparar el daño.

En el caso de mala práctica médica, no existen hechos de caso fortuito o fuerza mayor, salvo en situaciones extraordinarias, es decir, siempre existe una

determinación subjetiva de responsabilidad, salvo en casos verdaderamente anómalos, por ejemplo que un paciente este siendo operado y exista un desastre natural que produzca el deceso del mismo.⁶³

Relación de causalidad

La relación de causalidad es el elemento crucial a ser determinado dentro de la teoría del daño, pues obedece al vínculo entre causa y efecto que debe existir entre una acción u omisión imputable a un sujeto, y el daño.

Morán Sarmiento la define como la vinculación que debe existir entre el agente y el resultado dañoso, es decir, entre el hecho humano y el daño, o lo que también se conoce como nexo causal físico (apreciación objetiva de la conducta humana frente al hecho dañoso), la cual es indispensable pues sin ella no sería posible la determinación del responsable frente al daño. La relación de causalidad también examina la vinculación que debe existir entre la motivación del agente dañoso para la comisión de sus actos con el resultado, lo cual deriva en dolo, de existir voluntariedad, o culpa, cuando la conducta este fuera de manifestación intencional alguna, y el daño se produce por motivos de descuido, imprudencia, impericia o negligencia, siendo éste último el caso de los médicos para los pacientes.⁶⁴

La normativa ecuatoriana hace referencia a la relación de causalidad en el artículo 2214 del Código Civil que a letra reza: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

De lo transcrito se desprende que debe existir un vínculo entre aquél que ha causado un daño y el daño en sí padecido por otra persona. Este vínculo cobra el nombre de nexo causal y es lo que se debe verificar en todo proceso judicial para determinar la existencia de responsabilidad del agente dañoso.

La relación de causalidad subsume todos los anteriores elementos del daño y del ilícito civil, y no solo eso, sino que es el punto que los entrelaza, pues responde a la pregunta por qué y hasta dónde es responsable el autor de hecho, cuando se ha producido una consecuencia nociva.

⁶³ Morán Sarmiento, “El daño”, 122.

⁶⁴ *Ibíd.*, 77.

Ahora bien, para que exista un nexo causal entre el daño producido y el agente dañoso, es imperante distinguir entre la causalidad física y la causalidad jurídica. Rodríguez Grez indica que el requisito *sine qua non* de la relación de causalidad es la existencia de causalidad física, la cual se refiere a la materialidad que tiene el daño, la cual usualmente salta a la vista, ya sea por el fallecimiento de quien lo padece, o en su defecto, por las lesiones sufridas. La causalidad física, si bien es indispensable, no da como resultado una imputación jurídica a quien generó el daño, pues pueden confluir elementos ajenos al posible agente dañoso que interrumpen esta causalidad, por lo cual, la causalidad jurídica implica la existencia de un elemento material, acompañado de una conducta dolosa o culposa y por tanto, de un elemento de imputabilidad.⁶⁵

Dentro del juicio civil de daños, el juzgador debe centrar su decisión especialmente en el nexo causal que debe indicar que el demandado es o no responsable de lo que alega la parte actora, para lo cual debe realizar un examen sobre una determinación objetiva y subjetiva de la conducta dañosa y de quien aparentemente la causó, en su orden.

De acuerdo con Aguiar Guevara, en la órbita médica, es necesario que se establezca una relación de causalidad inmediata, entre el acto voluntario y consciente pero sin intención, y el daño, a título de culpa. En el caso de los médicos, al tratarse, como regla general, de una conducta culposa y no dolosa, resulta imprescindible la verificación de la relación de causalidad, dentro de la cual la conducta nociva se vuelve más atribuible al galeno en virtud de su predominancia en la relación médico-paciente, por lo cual el comportamiento del profesional sanitario, para ser causal respecto al resultado dañoso, debe haber sido una condición de éste, o un antecedente sin el cual el resultado no se habría producido.⁶⁶

Interrupción a la relación de causalidad

La principal razón por la que se puede llegar a interrumpir la relación de causalidad en la mala práctica médica es la inexistencia de imputabilidad del galeno, y esto se produce cuando la culpa es exclusiva del paciente.

⁶⁵ Rodríguez Grez, “Responsabilidad Extracontractual”, 371, 372.

⁶⁶ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 769.

El principal ejemplo de culpa exclusiva del paciente es la automedicación. Lamentablemente el médico, en su calidad de demandado, será quien tenga la carga de demostrar dicha culpa exclusiva.

La doctrina consigna requisitos para la interrupción de la relación de causalidad, a saber:

- La culpa de la víctima ha de ser única, total y exclusivamente originadora del daño.
- El concepto de culpa es rígido: toda la diligencia exigible de acuerdo con el sector del tráfico o vida social.
- La conducta del demandado debe ser irreprochable.
- Hay que tener en cuenta las circunstancias de edad, condiciones físicas y mentales.⁶⁷

En el evento en que exista una concurrencia de responsabilidades, es decir, cuando el daño sea atribuible parcialmente al galeno y parcialmente al paciente, se deberán examinar elementos como el riesgo que se corrió por parte de ambos y la posible indemnización que tendría que pagar el médico, considerando lógicamente que la actuación del paciente ha mitigado parcialmente el monto del resarcimiento, toda vez que la jurisprudencia internacional pondera o reduce la indemnización de la víctima proporcionalmente al grado de culpa del dañado.

El daño propiamente dicho

Como ya se indicó de forma reiterada en la presente investigación, el daño es un elemento de la responsabilidad y punto medular dentro de la mala práctica médica y lógicamente también, del juicio de daños. El daño tiene una arista patrimonial o material, y una extrapatrimonial, refiriéndose esta última al daño moral.

Edgardo López Herrera indica que el daño es “el menoscabo, la pérdida, el mal, o el perjuicio que sufre una persona por la lesión en los bienes que componen el patrimonio y también la molestia el dolor o la lesión o mal a los sentimientos o afecciones legítimas”.⁶⁸

Ramón Domínguez Águila la define como “la privación de algún bien, de un derecho o de la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés presente

⁶⁷ López Herrera, “Manual de Responsabilidad Civil”, 274.

⁶⁸ *Ibíd.*, 142.

o futuro” e indica que para conceptualizarlo de mejor forma es necesario entenderlo como a un menoscabo, disminución o detrimento del patrimonio, derecho o interés de una persona.⁶⁹

Ahora bien, existen principalmente dos puntos discordantes en la doctrina con referencia al daño, el primero es sobre si únicamente el daño se refiere a la pérdida de patrimonio o también de un interés o únicamente de un interés jurídico; el segundo punto en el que la doctrina difiere es sobre si el daño debe recaer en un objeto, pues una corriente sostiene que el daño innegablemente debe vulnerar un derecho subjetivo del sujeto pasivo, mientras que otra indica que basta únicamente con afectar al interés de la víctima para que se haya consumado el daño.

De esta manera Rodríguez Grez en su afán de no ceñirse a una corriente doctrinaria, consigna una definición ecléctica sobre el daño, lo define como “la pérdida o menoscabo, perturbación o molestia de un interés legítimo ante el ordenamiento normativo, así dicho interés, atendido su reconocimiento y amparo jurídico, represente o no un derecho subjetivo.”⁷⁰

Los parámetros para determinar la existencia de un daño son los ya consignados de forma prácticamente uniforme por parte de la doctrina en relación al actuar del agente dañoso, es decir, cuando la conducta adolece de: impericia, imprudencia, inobservancia y negligencia.

Para efectos de responsabilidad médica, la Ley Orgánica de la Salud recoge lo antes indicado en su artículo 202 que establece:

Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere *daño* en el paciente y sea resultado de:

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
- c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
- d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (el énfasis me corresponde)

No obstante, el daño referido en el artículo transcrito es utilizado de forma genérica, es decir, no hace distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial, por lo cual es imperativo distinguir ambas clases de daño.

⁶⁹ Ramón Domínguez Aguila, Consideraciones en Torno al Daño en la Responsabilidad Civil, (Concepción: Revista de derecho Universidad de Concepción, 1990), 125.

⁷⁰ Rodríguez Grez, “Responsabilidad Extracontractual”, 257.

Daño patrimonial o material

De acuerdo con Morán Sarmiento, el daño material o patrimonial es aquel que se refleja en el hecho físico, cierto, que lesiona a un interés económico de la persona expresado en un bien de su propiedad, a lo cual el autor también le otorga el nombre de daño privado.⁷¹

Todo daño material debe ser reparado en su valor real, sin embargo para efectos de reparación, también se considera el uso o servicio que representa un bien, frente a otro que no tenga ningún uso, por ejemplo un anillo, que si bien tiene un alto valor económico, no representa mayor utilidad, mientras que una maquinaria, aparte de ser costosa, permite usufructuar de ella, por lo que la reparación por un daño causado, sería notoriamente mayor en el caso de la maquinaria.

Para Edgardo López, daño material es aquel que recae sobre el patrimonio de las personas, siendo un daño directo en el evento en que afecte a los bienes, o indirecto, en el caso que repercuta sobre la persona, sus derechos o facultades.⁷²

Dentro de una acción civil, el daño material viene a ser más fácilmente verificable, por cuanto existen parámetros más objetivos para su determinación, pues las lesiones o las afectaciones recaídas sobre el patrimonio de una persona son más demostrables que un daño extrapatrimonial o moral, el cual tiene parámetros de verificación más subjetivos para el juzgador.

Ahora bien, al tratarse de una acción de daños, producto de una mala práctica médica, ocurre algo distinto, pues si bien es frecuente el daño a lesiones producidas en intervenciones quirúrgicas y el profesional sanitario es obligado a resarcir el daño, tanto el lucro cesante como el daño emergente causado, el daño extrapatrimonial que sufre el paciente cobra un valor mucho más preponderante. De esto se infiere que al tratarse de un padecimiento sufrido a raíz del actuar de un profesional de la salud en el que queden secuelas indefinidas o a largo plazo para el paciente, el daño material (costo de intervenciones, rehabilitación, honorarios, etc.) puede quedar en un segundo plano, adquiriendo de esta manera el daño moral un rol más importante en la esfera de responsabilidad médica, considerando para el efecto, el sufrimiento (no físico) que padeció durante el tiempo en recuperarse, y más aún el dolor emocional que tendrá mientras duren las secuelas producidas en el incidente médico.

⁷¹ Morán Sarmiento, “El daño”, 2010), 70.

⁷² López, “Manual de Responsabilidad Civil”, 151.

Res ipsa loquitur

Esta expresión en latín quiere decir “la cosa es descrita por sí misma” y en términos de responsabilidad médica se refiere a que el cuerpo habla por sí mismo. En la doctrina de la responsabilidad médica, implica que el daño es verificable, a priori, a través de las lesiones o afectaciones que sean constatables en el paciente, ya sea a través de una autopsia en el caso de que se haya producido su muerte, o a través de exámenes médicos que permitan inferir una negligencia por parte del personal sanitario interviniente.

Este término es comúnmente utilizado en el *common law*, pues es utilizado para explicar la distribución de la carga de la prueba frente a la actividad médica.

Rabinovich-Berkman desarrolla el tema e indica que si se acredita un perjuicio, que aparece como derivación del acto médico, el galeno deberá contrarrestar esa evidencia fáctica demostrando que obró de acuerdo con las pautas de su ciencia.⁷³

El motivo de esta suerte de “inversión” de carga probatoria se debe a que el paciente es la parte débil de la relación médico-paciente y éste o sus derechohabientes tienen una posición muy compleja para efectos de defender su posición sobre la alegación de una mala práctica médica.

Daño extrapatrimonial o moral

El daño extrapatrimonial podría decirse que obedece a una exigencia social dentro de la teoría del daño, puesto que en términos generales, la reparación por daño patrimonial es reclamada de forma más habitual que el daño extrapatrimonial, debido a las posibilidades probatorias objetivas que favorecen en el primer caso, frente al segundo.

Recordemos que uno de los principios constantes en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud es que la salud propiamente dicha, un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades físicas.

Si de este principio abstraemos el ‘bienestar mental’ que debe tener una persona, podemos encontrar la ventana para que opere una protección psicológica y

⁷³ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 263.

emocional a los pacientes, la cual se la exige a través de una acción de daños extrapatrimoniales.

De esta forma, podemos inferir que la salud mental de las personas se la mantiene incólume a través de la preservación de honra y buen nombre que gozan todas las personas, y a través de una ausencia de sufrimiento o pena que la afecta. Lamentablemente este segundo aspecto es imposible evitar, pues todo ser humano siente una afectación emocional frente a un daño que se le ha causado a él o a sus seres queridos, lo cual nos da pie para una definición, dentro del campo del derecho médico, para el daño moral o extrapatrimonial.

Es así, que en términos generales, se entiende circunscrito dentro del daño moral, al honor, buen nombre, imagen, reputación que puede padecer una persona, ya sea natural o jurídica, mientras que⁷⁴ dentro de la órbita de responsabilidad médica, se entiende al daño moral como una consecuencia del ilícito civil en el que ha incurrido el profesional de la salud, que innegablemente ha influido en el estado físico, mental e incluso social de su paciente, generando en él intranquilidad, desasosiego, irritabilidad, angustia, preocupación, ánimo decaído, pesadumbre, tristeza, depresión y vergüenza, por todo lo que significa una vida (o una parte de ella) limitada, desmejorada, dañada, lo que también es denominado como daño psicosomático.

Cifuentes consigna una definición de daño moral más adecuada para la responsabilidad médica: “la doctrina de daño moral, también llamado ‘precio del dolor’, encuentra aquí su principal cauce. Son lesiones que naturalmente producen un agravio moral como consecuencia de las características de los bienes que están en juego.”⁷⁵

De las definiciones de daño moral antes señaladas, se puede establecer que existen dos puntos predominantes en los que se produce, el primero es cuando se mancilla el buen nombre u honra de una persona; y el segundo, cuando a raíz de una conducta dañosa se obtiene como consecuencia angustia, preocupación, sufrimiento y afectación emocional y es precisamente este último punto el denominado ‘precio del dolor’ al que se refiere Cifuentes, el cual será utilizado para efectos didácticos de la presente investigación.

En el campo de responsabilidad médica, el precio del dolor es aquel que después de producirse se traduce en una acción civil de daño moral, es decir, la

⁷⁴ Morán Sarmiento, “El daño”, 71.

⁷⁵ Santos Cifuentes, “Los derechos personalísimos” (Buenos Aires: Astrea, 2008), 359.

afectación padecida por un paciente por sus lesiones, por su cambio físico, por el tiempo de recuperación, por la imposibilidad de continuar con su vida cotidiana, todo esto fuera de los gastos pecuniarios que implica la recuperación, es lo que genera el derecho para demandar un daño moral.

Ahora bien, si es que se produjo la muerte del paciente, se genera un daño moral en los derechohabientes del causante, lo cual viene a ser el precio del dolor que éstos reclamarían en contra del responsable, pues a raíz de la muerte de su ser querido, quedan su pareja y familiares facultados para ejercer la demanda de daño moral por el sufrimiento que ellos han atravesado por responsabilidad del galeno en la muerte de su paciente.

La legitimación activa de la acción de daño moral es un tema de controversia a nivel doctrinario, pues una corriente indica que los ‘derechohabientes’ tienen derecho a dicha acción, mientras otra señala que pueden demandar daño moral los ‘seres queridos’ o los ‘allegados’ del paciente fallecido⁷⁶. La generalidad en este criterio resulta mucho más aceptable desde un punto de vista procesal, pues de esta forma no se limitaría el derecho de por ejemplo, un amigo, o una conviviente sin unión de hecho, o de cualquier otro fuera de la esfera familiar o conyugal.

Es así, que se debería permitir como legitimado activo de una acción de daño moral, al mejor amigo del occiso, pues si demuestra que a raíz del fallecimiento del paciente se le ha generado angustia, preocupación e inclusive un daño en su psique, tendría derecho a reclamar a aquel responsable del daño, por lo cual el únicamente limitar la legitimación activa a los derechohabientes o herederos sería sesgar la figura de daño extrapatrimonial y coartar un legítimo derecho de aquel que también ha sufrido y que por tanto, también tiene derecho a reclamar un precio por su dolor.

Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, existe un grave riesgo al tener una legitimación activa tan amplia para el ejercicio de la acción del daño moral, pues cualquiera puede aducir sentirse afectado por el daño recibido por alguien cercano, sin necesidad que sea amigo o familiar, lo cual, si bien puede parecer absurdo, es una puerta abierta para un abuso del derecho en la presentación de demandas por daño moral. La única dificultad sería el demostrar efectivamente el padecimiento atribuible al daño recibido por la víctima de un incidente médico, sin embargo esa prueba se la practicaría el juicio, lo cual denota que no existe lineamiento alguno que

⁷⁶ López Herrera, “Manual de Responsabilidad Civil”, 231.

filtre las demandas arbitrarias y abusivas en contra del profesional de la salud, siendo los únicos parámetros en torno al daño moral aquellos establecidos en la ley, los cuales por su naturaleza no determinan una aptitud legal específica para el ejercicio de la acción.

En la ley ecuatoriana podemos encontrar la regulación del daño moral en los siguientes artículos del Código Civil:

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

Art. 2233.- La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.

En los artículos transcritos se resume lo explicado sobre la figura de daño moral, es decir, sobre cuándo puede demandarse, quiénes pueden hacerlo, con especial énfasis en la forma y características de las indemnizaciones a ser pagadas por quien generó dicho daño, y con la característica particular de la legitimación activa de una persona jurídica, cuando se trata de un menoscabo al buen nombre de la institución. No obstante no se hace una alusión específica al daño moral de responsabilidad médica, pues se lo toca en términos generales, por lo cual es completamente aplicable frente al acontecimiento de una mala práctica médica.

En definitiva, en la legislación ecuatoriana existe un grave problema en cuanto a la falta de limitación y explicación de la institución de daño moral, la cual si bien es completamente aplicable ante la ocurrencia de una mala práctica médica, no cuenta con límites para la legitimación activa de la misma, ni existe diferenciación entre daño moral por menoscabo al buen nombre y daño moral por afectación emocional, ni tampoco se establecen parámetros para los límites o techos que deben tener las indemnizaciones. La delimitación y restricción del daño moral permitiría una mejor aplicación de la misma, pues tres artículos constantes en una norma sustantiva no son suficientes para circunscribir una figura tan relevante como la ya referida, tanto más que las acciones por la misma son cada vez más frecuentes y sus cuantías contienen valores verdaderamente irrisorios, lo cual genera una gran complejidad para el juzgador al momento de resolver.

Un claro ejemplo en el cual surge el derecho de demandar daño moral en una mala práctica médica lo podemos encontrar en una lesión estética producto de negligencia, impericia o inobservancia por parte del profesional de la salud dentro de una cirugía naturalmente plástica. Al respecto, Gil Barragán indica:

la lesión estética del rostro puede consistir en su desfiguramiento, la alteración de su simetría y de su forma, que lo hagan repugnante y hasta provoque espanto, o que dañe de manera visible su armonía y belleza. En cada caso tendrán especial importancia las circunstancias como el sexo, la edad, la profesión de la víctima, pues el afeamiento repercutirá en mayor o menor grado según ellas. Será más grave en una mujer joven que en un anciano en un actor o actriz, que en otra persona. (...) En cualquier caso son causas de desequilibrios espirituales en los cuales consiste el daño moral. Pueden dar como resultado una alteración psíquica de la víctima, debilitar su confianza en sí misma y en sus afecciones íntimas. Frente a terceros, el daño físico puede provocar reacciones negativas. Pueden producirse para el damnificado pérdidas de oportunidades en sus relaciones afectivas...⁷⁷

De lo citado se desprende que existen procedimientos médicos más proclives a causar un daño extrapatrimonial, cuando el resultado no es el esperado por el paciente, o el ofrecido por el médico, tal como sucede en una cirugía plástica. En este caso el consentimiento informado toma un rol mucho más preponderante, pues es la pieza clave para determinar cuál era el resultado esperado de la intervención y si éste dista o no del resultado obtenido. Adicionalmente, se toca un tema relevante para efectos de responsabilidad médica, y es que con una lesión estética, y en general, con

⁷⁷ Gil Barragán Romero, Elementos del Daño Moral (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 221, 222.

una mala práctica médica, se puede producir, dependiendo del actuar del médico, una pérdida de oportunidad en el paciente.

Pérdida de oportunidad

Aguiar-Guevara define a la pérdida de chance como la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o impedir una pérdida o beneficio probable y futuro por parte del facultativo frente a su paciente. El perjuicio generado al paciente por esta pérdida de posibilidad no se lo realiza en base a lo que estaba en juego de forma actual al momento de la intervención o diagnóstico, sino la frustración de los chances o probabilidades que se tenían para alcanzar el resultado esperado.⁷⁸

Edgardo López por su parte, explica esta teoría de forma ejemplificativa y consagra el siguiente ejemplo: una persona padece un cáncer por el cual únicamente tiene 30% de oportunidad de curación, y la pierde por impericia del profesional sanitario que no lo detecta, éste solo deberá pagar el 30% de los daños, pues se desconoce si con el tratamiento adecuado, que se omitió, el enfermo hubiera mejorado, pero al menos dicha mejora se encontraba dentro de las posibilidades.⁷⁹

Al efecto Tribunal Supremo de España en través de su Tercera Sala en el fallo emitido el 14 de octubre de 2014 se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala sobre la pérdida de oportunidad que señala:

La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación número 5893/2006).⁸⁰

De esto se infiere que existen dos elementos a tomar en cuenta al momento de indicar la existencia de una pérdida de posibilidad. El primero es el grado de probabilidad existente en que una actuación distinta por parte del facultativo hubiera tenido como efecto la evasión del daño producido; y el segundo es la magnitud del daño ocasionado, pues en base a éste es que se producirá la respectiva

⁷⁸ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 515.

⁷⁹ López Herrera, “Manual de Responsabilidad Civil”, 722.

⁸⁰ Javier Higuera, “Doctrina de la Pérdida de Oportunidad y Valoración de la Indemnización por Daño Moral”, (Higuera Abogados: 2014) < <http://higuerasabogados.com/doctrina-de-la-perdida-de-oportunidad-y-valoracion-de-la-indemnizacion-por-dano-moral-sanitario/>>

indemnización, considerando para ello que el resarcimiento debe ser acorde al grado de posibilidad de curación que mantenía el paciente previo a la intervención del médico.

En tal virtud, aquel que alegue pérdida de chance para la reclamación de daño moral y posterior indemnización deberá demostrar dicha pérdida de posibilidad, siendo suficiente dicha pérdida para efectos probatorios, por lo que no será indispensable que se pruebe que la actuación del médico, en el hipotético caso en que hubiera sido diligente, hubiera derivado en un resultado positivo para el paciente.

2.3. Elementos probatorios

Dentro de todos los procesos judiciales las pretensiones o las excepciones son aceptadas en virtud de cómo se lograron demostrar los hechos. Para el efecto, la labor del jurista, tanto juez como abogado adquiere suma importancia, pues en base a los elementos probatorios es que el juez debe determinar cuál de las partes tuvo la razón.

En la investigación sub examine, existen dentro de la acción civil de daños, mecanismos de prueba más pertinentes y conducentes que los aplicables a la mayoría de los juicios, por lo cual la verificación de los mismos será determinante para el resultado, tanto más que existen elementos que distan del común de los procesos, v.gr. los casos en los que se produce una reversión en la carga de la prueba, el consentimiento informado, los exámenes periciales, las historias clínicas, entre otros.

2.3.1. Carga de la prueba

Por regla general, la carga de la prueba recae sobre quien realiza afirmaciones sobre hechos. Para Devis Echandía, la carga de la prueba es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe fundar su decisión; un segundo aspecto de la carga de la prueba es la regla de conducta que representa para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sean utilizados como fundamento a sus pretensiones o excepciones.⁸¹

⁸¹ Devis Echandía Hernando, “Compendio de Derecho Procesal Civil”, Tomo II (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 138.

Por su parte este principio es recogido dentro del Código Orgánico General de Procesos que en su artículo 169 establece lo siguiente:

Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada (...)

De esto se desprende que la obligación de probar, como regla general, corresponde a quien afirma, ya sea a través de sus pretensiones o de sus excepciones, pero por igualdad procesal, a ambas partes les es permitido actuar prueba siempre que existan hechos que deben ser demostrados. No obstante, el artículo referido consagra en su último inciso: “(...) También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”, es decir, también contempla excepciones a la regla general y permite que exista una reversión de la carga probatoria siempre que la ley así lo prevea.

Es importante realizar una pequeña distinción sobre el alcance de la prueba, en un proceso civil que es el tema que nos ocupa frente a un proceso penal. En el primer caso, el proceso civil está regido por el principio dispositivo y enmarcado por la verdad procesal, es decir, que únicamente lo que pidan las partes y pongan en consideración al juez, es lo que se tendrá como prueba y que la verdad de los hechos es únicamente la que se desprende de las prueba constantes en el proceso, mientras que en un proceso penal, se busca la verdad sobre cómo se produjeron los hechos, existiendo para ello, en un sistema acusatorio, la facultad para investigar por parte de un fiscal, coadyuvado de la víctima.

Ahora bien, habiendo realizado dicha especificación, es posible afirmar que la prueba, en la acción civil de daños, debe ser anunciada, solicitada y practicada por el o los legitimados activos y ordenada por el juez. Sin embargo, dentro de la órbita de responsabilidad médica puede producirse una excepción a la regla general de carga de la prueba, la cual se traduce en una reversión de la misma.

Distribución de la carga de la prueba

Como se indicó en líneas anteriores, nuestro Código Orgánico General de Procesos no otorga la carga procesal al demandado de probar si los hechos que son alegados en su contra son ciertos o no, únicamente debe probar sus afirmaciones.

Ahora bien, la acción de daños, cuando se la sigue por un tema de responsabilidad médica, se genera una suerte de excepción a la regla general de carga probatoria y se podría incluso hablar, netamente en términos prácticos y no legales, de una distribución compartida de la carga de la prueba, o inclusive, de una reversión de la misma. La razón para que esto ocurra emana justamente de lo explicado en la presente investigación sobre la posición de debilidad que tiene un paciente frente al médico, principalmente porque en la mayoría de intervenciones, no puede ver el procedimiento o se encuentra inconsciente y finalmente porque la labor del médico es tan técnica que como paciente sin conocimiento en medicina, no puede saber a simple vista, si es que hubo negligencia o no del agente sanitario.

Si bien al amparo del ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe en materia de responsabilidad civil una inversión de carga de la prueba salvo que la ley expresamente lo indique, en la acción de daños por mala práctica médica, desde un punto de vista pragmático, es posible alegar ante el juzgador la ventaja para probar que tiene el profesional de la salud, remitiéndose como fuente a la doctrina que trata sobre las cargas dinámicas probatorias, las cuales serán explicadas más adelante.

Rabinovich-Berkman hace un análisis sobre la carga probatoria en la órbita de responsabilidad médica, e indica que un profesional sanitario no puede ni debe tener una actitud como cualquier otro demandado dentro de un proceso, es decir, de forma pasiva a la espera que el actor realice todo el aporte probatorio que tienda a demostrar que ha obrado con negligencia.⁸²

Dicho autor considera de igual forma, que una completa reversión de carga de la prueba conllevaría a una serie de demandas malévolas y extorsivas tendientes a poner en jaque a los facultativos de la salud, obligándolos a demostrar una y otra vez su diligencia en su actuar. Por tal motivo, cita a Bueres quien al ser un experto en la materia, supo indicar que en materia de responsabilidad profesional fundamentada en la culpa, ésta debe ser probada por el actor, sin perjuicio que el juez tome en cuenta la importancia de presunciones judiciales y de la carga probatoria dinámica, la cual hace recaer el *onus probandi* en aquella parte que se encuentra en mejor situación para probar, siendo en el presente caso, el profesional de la salud.⁸³

En tal razón, el autor acoge lo propuesto por una parte de la doctrina en cuanto a la existencia de una especie de colaboración de las partes para el aporte de

⁸² Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 263.

⁸³ Bueres, “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, 49.

elementos probatorios, pues si bien, existen intereses completamente opuestos entre ellas, el actor debe aportar todos los medios de prueba que estén a su alcance para demostrar la mala praxis, mientras que el agente sanitario deberá, en el evento de que niegue las imputaciones en su contra y que mantenga que su desempeño fue el adecuado, deberá demostrarlo.

Al efecto, el autor cita a la segunda Sala de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de Argentina que en uno de sus fallos acogió este criterio indicando: “pesa sobre el profesional médico el deber jurídico y moral de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, pues muchas veces es él quien está en las mejores condiciones de aportar los elementos enderezados a la consecución de ese fin.”

De esta manera es posible afirmar, tal como se indicó en líneas anteriores, que en el Ecuador, a pesar de que no exista una distribución de carga de la prueba, ni un *onus probandi* distinto al comúnmente conocido que establece que quien alega debe probar, los profesionales de la salud, cuando son sujetos pasivos en un juicio de daños por mala práctica médica, ya sea por salvaguardar su nombre, por demostrar su diligencia y competencia, por confiar en su trabajo, por considerarse asistidos por la verdad, por considerar que su actuar no debe ser reprochable a la luz del derecho, o por la razón que fuere, siempre realizan afirmaciones tendientes a demostrar que los hechos que se le imputan no son verdaderos y que por el contrario, cualquier otro profesional de la salud hubiera actuado de la misma manera en un situación similar. En ese sentido, el galeno que es demandado en un juicio de daños, la gran mayoría de las veces se excepciona realizando diversas afirmaciones las cuales, lógicamente por su naturaleza, deben ser demostradas utilizando los mecanismos probatorios que la ley procesal provee al efecto. Ningún profesional de la salud toma una actitud pasiva y permisiva sobre el juicio de daños en su contra, dejando la carga de la prueba enteramente a la parte actora, como sí sucede en muchos otros juicios en los que el demandado simplemente niega los fundamentos fácticos y jurídicos obligando al demandante a demostrar todo lo que aduce.

Cabe recordar, que el sistema *res ipsa loquitur* representa una completa antítesis al principio “quien alega, prueba”, pues como fue explicado, esta expresión en latín implica que el cuerpo habla por sí sólo y que es la principal prueba para demostrar una mala práctica, por lo cual la negligencia del médico se deduciría sin

necesidad de más elementos probatorios con el claro fin de proteger a la parte débil (paciente) frente a una recurrente impunidad de la parte fuerte (médico).⁸⁴

En consecuencia, la distribución de la carga probatoria representaría un escenario procesal mucho más justo y equitativo para las partes pues se buscaría un punto ecléctico entre a los dos extremos existentes en materia de prueba: el que afirma debe probar y el *res ipsa loquitur*.

Prueba dinámica

La doctrina de la prueba dinámica surgió, de acuerdo con la autora Juliana Pérez, a raíz de un caso de responsabilidad médica en Argentina, la cual hoy en día es compartida por varios tratadistas pero rebatida por muchos otros. Esta teoría consiste en, prima facie, una distribución excepcional de la carga de la prueba en la cual ambas partes se ven constreñidas a producir prueba, en especial, aquella que se encuentre en mejores condiciones para obtenerla y actuarla.⁸⁵

El desarrollo de esta doctrina ha derivado que la prueba dinámica, ya no se centre en una distribución del onus probandi, sino en una carga procesal para el demandado, en este caso, el agente sanitario debe probar diligencia en su actuar.

De esta forma se puede definir a la prueba dinámica como aquella regla que permite al juez determinar a cuál de las partes le es más fácil suministrar la prueba y en base a dicha facilidad, cuál de las partes será la perjudicada por la falta de prueba.⁸⁶

Uno de los principales precursores de la teoría de prueba dinámica es Jorge Peyrano, quien indica:

Esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.⁸⁷

⁸⁴ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 236-239.

⁸⁵ Juliana Pérez Restrepo, “La carga dinámica de la Prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”, <http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/2374/1/PerezJ_Cargadin%C3%A1micapruembangosabilidadadministrativa.pdf>, 207.

⁸⁶ Martín Bermudez Muñoz, “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Temas Jurídicos: Revista de derecho*. N° 11, (II semestre de 1995): 10.

⁸⁷ Jorge Walter Peyrano, “Cargas Probatorias Dinámicas”, (Buenos Aires: Rubnzal-Culzoni, 2008), 60.

Por su parte, Mosset Iturraspe en 1979 estableció que, probado el daño, correspondía al médico demostrar que éste no le era imputable⁸⁸, que implicaría una utilización de carga de prueba dinámica o incluso de la teoría *res ipsa loquitur*, lo cual es analizado años después por Bueres y Zaffaroni quienes concordaron en que si bien, esa doctrina no tuvo acogida en la norma ni en la jurisprudencia, sí sirvió para alertar a los juristas sobre la necesidad de provocar una ruptura de los moldes tradicionales de la carga de la prueba.⁸⁹

De igual forma, uno de los detractores de dicha doctrina es Aguiar-Guevara, quien critica el trabajo de Peyrano indicando que la prueba dinámica pretende relevar de la obligación de probar a los actores, quienes únicamente deberían acreditar un incumplimiento material por parte del médico para establecer su responsabilidad, y refuta la doctrina de la prueba dinámica al establecer que el actuar del médico es una obligación de medios, y no de resultado, por lo cual el incumplimiento de la obligación del galeno sería netamente subjetiva, y por tanto, dicha culpa debe ser demostrada por la parte que la invoca, considerando adicionalmente que una doctrina no puede trasgredir norma expresa que indique sobre quién recae la carga de la prueba, ni tampoco jurisprudencia que la corrobore.

Aguiar-Guevara considera que la corriente que promueve la teoría de la prueba dinámica es bastante moderna y por lo mismo, sin fundamento y contradictoria, sin embargo, no le es indistinto al autor las complicaciones que se producen para los pacientes en caso de lesiones, o para sus familiares en caso de muerte, el obtener muchas pruebas que le servirían para demostrar una negligencia médica, por lo que acoge y acepta la doctrina de la prueba diabólica, la cual será explicada más adelante.⁹⁰

En suma, si bien la norma sobre carga de la prueba es clara, y la jurisprudencia es reiterativa sobre en cabeza de quién recae el *onus probandi*, es posible afirmar que no existe inversión de carga de probatoria en materia de responsabilidad médica. Empero, no es prudente desconocer nuevas corrientes doctrinarias con cada vez mayor acogida, dado a que el tema de responsabilidad médica es relativamente novel, por lo cual las reglas aplicables a la misma,

⁸⁸ Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, 133.

⁸⁹ Bueres, Zaffaroni, “Responsabilidad Médica”, 103.

⁹⁰ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 567.

innegablemente deben distar en cierta medida de lo prescrito para el común de los procesos.

De esta forma la teoría de la distribución de la carga de la prueba que promulga Rabinovich-Berkman resulta bastante útil y coherente, por cuanto hace eco a una necesidad de aquellos que se han visto afectados por una malpraxis médica y pone en una balanza más equilibrada al sujeto activo y pasivo de la relación médico paciente, generando en ambos una obligación de probar.

Al efecto es importante recordar que una de los sistemas jurídicos más avanzados en la rama, el español, consagra en su normativa la doctrina de distribución de la carga de la prueba en razón de su disponibilidad y facilidad, pues en el artículo 217 de su Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

De esta forma se puede inferir que la corriente de la prueba dinámica sí ha repercutido en el campo procesal de algunas legislaciones y que es una doctrina que va tomando fuerza, a tal punto que en el Ecuador, en las acciones civiles de mala práctica se podría decir que las partes aplican esta doctrina, no tanto así los jueces quienes lógicamente se ven compelidos únicamente a aplicar la ley, la cual en lo que a cargas probatorias se refiere, como ya se ha explicado, recae sobre quien realiza una afirmación, pues en una acción de daños tanto actor como demandado actúan prueba, por un lado pretendiendo demostrar la culpa del galeno y por otro, demostrando que el resultado no se le es atribuible al haber actuado con la debida diligencia.

Prueba diabólica

La prueba diabólica es una doctrina ya superada de muy antigua data en virtud de la cual a falta de prueba sobre el delito presuntamente cometido por el reo, era éste quien debía probar el no cometimiento de las imputaciones en su contra o probar a su vez la falsedad de dichas alegaciones.

Este principio era más aplicable en el campo penal, dentro de un sistema completamente inquisitivo, vulnerando a todas luces el principio de inocencia que goza todo procesado, lo cual motivó el desuso de este mecanismo de prueba.

No obstante y como se indicó en líneas anteriores, Rafael Aguiar-Guevara considera que existen múltiples escenarios que podrían dejar una ventana abierta para la utilización de la prueba dinámica inclusive a manera de prueba diabólica, a saber:

- Entendimiento e información: en varias ocasiones el paciente desconoce o no comprende a cabalidad la terminología médica utilizada por el galeno, por lo cual en ocasiones accede al procedimiento sin conocer a cabalidad el riesgo o las repercusiones que pueden derivarse, lo cual también afectaría al consentimiento informado.
- Confraternidad profesional o espíritu de cuerpo: es aquella empatía que siente el perito médico dentro de un proceso, hacia su colega demandado, lo cual nubla su criterio y le resta objetividad, emitiendo su informe de forma parcializada o limitada a fin de no desfavorecer al procesado. Esta dificultad tiene una gran relevancia en el campo procesal, pues a más de ser una prueba contundente que permitiría guiar la decisión del juzgador, es una conducta muy frecuente y no solo en la rama médica sino en todas las profesiones, ya que consciente o inconscientemente un profesional tiende a verse de forma hipotética en los zapatos de su colega demandado.
- Recolección y compilación: el paciente o sus familiares tienen un gran inconveniente para hacerse de la respectiva documentación que consideren favorable para demostrar sus pretensiones pues en muchos de los casos, la información deseada es elaborada y se encuentra en poder del médico demandado y en ocasiones, como cuando se trata de temas de emergencia, no se le permite el acceso a ciertos lugares a personas ajenas al personal sanitario, lo cual dificulta aún más el recabar la prueba deseada.

Estos ejemplos no son los únicos que actúan en favor del agente sanitario y en detrimento de las víctimas de una mala práctica médica, motivo por el cual se podría considerar que debería haber cierta flexibilidad en cuanto a las reglas de la carga probatoria, o incluso una permisividad para la existencia de prueba diabólica hacia los profesionales de la salud, de acuerdo con el autor ya citado.⁹¹

⁹¹ Aguiar-Guevara, “Tratado de Derecho Médico”, 552, 553.

2.3.2. Historia clínica

De acuerdo con Francisco Oliva, la historia clínica es el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos.⁹²

La historia clínica es un documento de naturaleza privada, cuya propiedad le corresponde al médico como su autor, al paciente por ser la persona sobre quien versa la misma y al nosocomio únicamente en calidad de custodio. Este concepto de propiedad muchas veces funge en beneficio del agente sanitario quien a manera de argucia se niega o demora en entregar la historia clínica, volviéndose imperativo solicitarla con orden judicial.

La historia clínica juega un rol fundamental en la relación médico-paciente pues fue creada para garantizar una asistencia y atención adecuada al paciente, así como para unificar información y documentación clínica de cada persona que sea atendida en una casa de salud.

Desde un punto de vista procesal, la historia clínica también juega un papel primordial, ya que su contenido puede determinar el desenlace del juicio, pues entre otras cosas contiene elementos fundamentales a ser tomados por el juzgador y de los cuales se puede abstraer la existencia de responsabilidad del profesional de la salud tal como el consentimiento informado, el informe de quirófano o el informe de anestesia.

La historia clínica, al revestir tanta importancia como prueba dentro de un proceso de responsabilidad médica, se vuelve un objeto de pugna entre las partes, puesto que al ser un documento elaborado por un agente sanitario, éste al momento de ser demandado, puede en su calidad de autor y por el fácil acceso del que goza, adulterarlo o forjarlo, de tal manera que la labor y estrategia del abogado que patrocinará una acción por mala práctica médica resulta de suma trascendencia.

Por tal motivo, resulta prácticamente indispensable que previo al inicio de una acción de daños por responsabilidad médica, se revise previamente la historia clínica y se cuente con una segunda e incluso tercera opinión sobre la información obtenida en relación a la actuación del posible demandado, a fin de poder obtener un escenario

⁹² Oliva Blásquez, “Responsabilidad Médica”

favorable tendiente a lograr demostrar una posible negligencia del personal sanitario que atendió al paciente. De esta manera, es necesario precautelar la integridad de la historia clínica a fin que no se la pueda alterar en ninguna forma y que ésta arroje la información sobre la verdad material del tratamiento y demás por menores del paciente.

Para el efecto, es recomendable obtener previamente una copia certificada de la historia clínica, o en su defecto, obtenerla a través de una diligencia preparatoria, valiéndose que el depositario de dicha prueba es una casa de salud y no únicamente el galeno, por lo cual dependiendo de cuál de ellos (o si ambos) serán demandados, el profesional del derecho puede decidir su proceder, pues si se solicita la historia clínica dentro de la etapa probatoria del proceso principal, se corren los riesgos antes mencionados, en particular, la demora en la entrega de la misma, lo cual únicamente actúa en desmedro del paciente.

Ahora bien, existen casos en los que la historia clínica es prácticamente ilegible debido a la caligrafía del personal sanitario, o inclusive, ésta no es completa o contiene defectos de forma, ante lo cual Rabinovich-Berkman indica, parafraseando a la Cámara Federal de Buenos Aires, que por el sólo hecho de que ciertos datos no consten en la historia clínica que éste se encuentre llenada de forma defectuosa, no constituye en forma autónoma un supuesto de responsabilidad médica.⁹³

Lo antes señalado permite colegir que la historia clínica puede no surtir los efectos deseados dentro de un proceso pese a ser un instrumento de especial relevancia probatoria, sin que esto la desmerezca bajo ningún punto de vista, pues tal como indica el nombrado autor en referencia a fallos de distintas Cámaras Federales de Argentina, sin la historia clínica las casas de salud gozarían prácticamente de impunidad y la prueba de la mala praxis se volvería diabólica y se generalizaría de tal modo que el médico y los establecimientos asistenciales tengan en su poder la prueba para que se les condene, lo cual resulta por demás inaceptable.⁹⁴

Afortunadamente el avance de la ciencia tanto médica como jurídica, obliga a que tanto paciente como profesional sanitario sean más conscientes y responsables sobre sus derechos y obligaciones, en especial, frente a este instrumento de gran trascendencia procesal, como es la historia clínica, a tal punto que hoy en día en el

⁹³ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 248-252.

⁹⁴ *Ibíd.*, 248-252.

Ecuador, los exámenes médicos legales cuentan con un formato que incluye un espacio para que se consagre el consentimiento informado de los pacientes, inclusive, los odontólogos en la actualidad, a fin de protegerse también llevan una historia clínica en la cual hacen constar la aceptación del paciente sobre el tratamiento a realizarse bajo el título de consentimiento informado.

La relevancia de este instrumento crece conforme la evolución de la ciencia, al punto de que en el sistema anglosajón, se han superado las dificultades para el acceso de la misma al punto de crear sistemas que protejan a la historia clínica y la vuelva invulnerable e inalterable, generando siempre un duplicado para que sea entregado al paciente, a fin que éste no atraviese por la dificultad que implica obtenerla.

2.3.3. Pericia dentro de la acción civil de daños por mala práctica médica

Anteriormente se manejaba un criterio tendiente a desconocer la pericia científica al considerarla simplemente como una declaración de ciencia. Posteriormente se trató el testimonio científico el cual se conminaba a un testigo a que declare sobre los hechos y que exprese su criterio técnico sobre ellos. Hoy en día, ha quedado más que afirmada la importancia de una prueba científica, aún más en la órbita de responsabilidad médica y al efecto Devis Echandía afirma que un perito no busca producir efectos jurídicos determinados con su dictamen, sino ilustrar al juez, dado a que éste es un técnico en derecho, no tiene por qué conocer de otras ciencias, por lo cual se vale de los peritos para emitir su fallo. Los peritos se limitan a comunicar al juez su opinión personal respecto de las cuestiones que se le han planteado, siendo esta opinión una declaración de ciencia, técnica, científica o artística.⁹⁵

Mientras se encontraba en vigencia el Código de Procedimiento Civil, la realización de una pericia se la debía solicitar dentro de la etapa probatoria en el juicio ordinario. Dicha pericia resultaba fundamental para la decisión del juzgador, pues es un examen tendiente a demostrar si la actuación del agente sanitario derivó en el daño al paciente, o si por el contrario fue diligente y el daño producido no es atribuible al demandado.

⁹⁵ Echandía, “Compendio de Derecho Procesal Civil”, 324, 325.

Las conclusiones de esta pericia en muchas ocasiones resultaban un equivalente a una sentencia, puesto que al ser una prueba técnica, el juez muy difícilmente resolvía en contrario a lo dictaminado por el perito, lo cual desnaturalizaba tanto a la validez de la prueba, al otorgarle un valor supremo dentro del proceso, como a la labor del juez, quien únicamente sería un agente pasivo del proceso aceptando sin más consideraciones el informe pericial.

Hoy en día, dicha prueba se ha visto modificada y hasta cierto punto superada, pues el actual Código Orgánico General de Procesos plantea que debe incorporarse la prueba junto con la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción o la contestación a la reconvencción, por lo cual las partes pueden incorporar una pericia de la que consideren respalden sus dichos. El perito en audiencia deberá defender su informe y responder a las interrogantes de las partes e incluso debatir con un perito de la parte contraria, lo cual está consagrado en el artículo 221 y siguientes de la ley antes referida que establece:

(...)En la audiencia las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos.

Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden determinado para el testimonio. (...)

(...)Concluido el contrainterrogatorio y si existe divergencia con otro peritaje, la o el juzgador podrá abrir el debate entre peritos de acuerdo con lo previsto en este Código. Finalizado el debate entre las o los peritos, la o el juzgador, abrirá un interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes, exclusivamente relacionado con las conclusiones divergentes de los informes. La o el juzgador conducirá el debate.

De lo transcrito se desprende que en el evento en que al juez se le presenten dos pericias manifiestamente opuestas, puede éste ordenar una tercera pericia, lo cual representa un avance del Código Orgánico General de Procesos frente al Código de Procedimiento Civil, pues si bien en este último existía la prueba de oficio, ésta prácticamente era letra muerta pues cualquier actuación judicial relativa a la prueba oficiosa podría haberse considerado como prevaricato, por lo cual, la pericia que puede solicitar el juez hoy en día, no se la consagra a manera que coadyuve en el proceso o que actúe la prueba de cualquiera de las partes, sino por el contrario y como la propia ley lo establece, se la solicita para ‘mejor resolver’, es decir, a fin que se obtengan mayores recaudos procesales para la consecución de la verdad material de los hechos.

Ahora bien, es importante considerar, tal como se ha reiterado en la presente investigación, que la culpa en una mala práctica médica, no es exclusiva del galeno, sino también de su equipo, de la misma forma la prueba pericial no corresponde únicamente a un perito médico especialista en la misma rama que el demandado, sino que también pueden fungir como peritos aquellos profesionales de salud que no son necesariamente médicos tal como enfermeros o el personal que asiste en una intervención quirúrgica, inclusive, los médicos que tiene un papel no protagónico (que no llevan a cabo el proceso quirúrgico sino que están presentes para asistir o para intervenir mínimamente) dentro de la intervención, como lo es el anestesiólogo.

Si bien los antes mencionados pueden ser peritos dentro de un juicio, la eficacia de sus informes no tendrá el mismo alcance que el dictamen de un médico de la misma especialidad que el procesado, debido a un tema netamente técnico, sin embargo y sin incurrir en abundancia probatoria, el informe del perito no especialista puede orientar al juez a que su fallo tenga un mayor grado de certeza.

2.3.4. Breve contraste entre la prueba en el campo civil y en el penal

Si bien en la introducción de la presente investigación se indicó que no se realizaría un análisis comparativo entre la acción civil con otras acciones que pueden plantearse frente a una mala práctica médica, es importante establecer, al menos en rasgos genéricos, qué opciones, alternativas y medios probatorios se tienen tanto en la órbita civil, como en la penal.

Tal como se ha indicado en la presente investigación, la principal prueba que demostrará la existencia de un daño patrimonial y/o extrapatrimonial, es la pericia que corresponda según el caso, que demuestre por sí, junto con otros elementos probatorios (de haberlos), la existencia del daño y que éste es atribuible a la actuación del profesional de la salud.

Es así, que en el ámbito civil la pericia principal que demostraría una mala práctica médica sería realizada por un profesional de la salud, con la misma especialidad del profesional que presuntamente es responsable del daño, cuyas conclusiones deben ser claras en cuanto a la responsabilidad o ausencia de la misma del legitimado pasivo, explicando con claridad la existencia o no de culpa, impericia, imprudencia o negligencia y si es que se actuó conforme a un deber objetivo de cuidado en base a la *lex artis*. Este perito tendría que defender sus conclusiones en la

respectiva audiencia oral y demostrar de ser el caso, frente a otro perito solicitado por la contraparte, el porqué de sus aseveraciones.

El inconveniente de la pericia indicada en el ámbito civil se produce en que al ser un tema de derecho privado, es el interesado quien debe correr con los gastos del perito, los cuales pueden ser o no, fijados en providencia por parte del Juzgador, es decir, que para aumentar las posibilidades de un resultado favorable es imperativo invertir en los medios de prueba que se pretenda utilizar, lo cual en cierta medida, debilitaría el principio de gratuidad del acceso a la justicia prescrito en la constitución. Este problema se ve muchas veces superado en el ámbito penal, toda vez que si bien se maneja un principio dispositivo, en el cual el juzgador debe actuar a petición de parte, en el posible caso de existir un delito de mala práctica profesional, al ser la fiscalía la titular de la acción penal, es ella quien investiga y reúne todos los elementos probatorios que puedan llegar a demostrar una responsabilidad del investigado o procesado.

Dentro de la investigación por parte de fiscalía, los peritajes solicitados corren por cuenta de la propia institución, siempre y cuando dentro de la nómina de peritos acreditados se encuentre uno de la misma especialización que se desea, lo cual es una gran ventaja sobre la acción civil, por cuanto en la rama penal, la víctima no tendría que gastar para obtener la prueba que requiere, mientras que en un juicio civil innegablemente se incurrirán en diversos gastos. La fiscalía únicamente solicita al interesado o víctima que corra con los gastos de una pericia de forma excepcional.

De esta manera, si bien el aspecto económico de la prueba es un tema importante a considerar para decidir sobre las acciones a tomar, es importante analizar la posición que tomaría el procesado dentro de cada una de las acciones, particularmente sobre la prueba que se pueda llegar a actuar en su contra, pues en el campo civil el procesado debe defender que su trabajo fue diligente y que la consecuencia en el peor escenario posible sería una sanción económica (a priori pues pueden devenir consecuencias de otra índole); mientras que en el ámbito penal, a más de la reparación integral que debería pagar el culpable, está la pena privativa de libertad que es el elemento que más sopesa en la psique del procesado, lo cual le orilla al mismo a buscar un acuerdo que le permita poner fin a la investigación en su contra, y esto a su vez juega a favor de la víctima, lo cual a su vez sería una ventaja más que tendría la acción penal sobre la civil.

Un elemento con especial relevancia que diferencia a la prueba civil de la penal es que en el ámbito civil, mientras aún existía el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial debía solicitarse dentro del periodo correspondiente y practicarse cuando el juez lo disponga posterior a la posesión del perito y después de presentado el respectivo informe, únicamente se podía pedir que se aclare el mismo, sin que se conmine al perito a que comparezca y explique de forma oral el porqué de sus conclusiones; con el actual Código Orgánico General de Procesos, tal como se indicará más adelante, el perito realiza su informe previo a la demanda (cuando así lo desea la parte actora) o posterior a la audiencia preliminar de ser el caso, encontrándose el perito obligado, de cualquier forma, a comparecer a la Audiencia de Juicio y defender sus conclusiones de forma oral. Este particular resulta un aspecto positivo frente a lo que sucede en el proceso penal en cuanto a tiempo, pues en la investigación penal, si bien el perito practicaría su informe en la fase de investigación o instrucción, el momento procesal oportuno para defenderlo es en la Audiencia de Juzgamiento, es decir al final del proceso penal debiendo previamente haber atravesado todas las etapas que establece el Código Orgánico Integral Penal y ya contando con una presunción real de responsabilidad del médico, mientras que en el proceso civil, esta pericia si bien es defendida por el perito al final del proceso, tomaría mucho menos tiempo debido a que el nuevo procedimiento ordinario concentra aún más que antes las etapas procesales lo cual obliga al proceso a tener una menor duración y permitir obtener una sentencia más rápidamente.

Es importante recordar que en un proceso penal lo que deben demostrar tanto fiscalía como acusador particular es el reproche jurídico a la luz del derecho penal de la conducta del profesional de la salud, a fin que se desvanezca por completo el principio de presunción de inocencia que establece el numeral 2 del artículo 76 de la Constitución. Esto implica que el profesional de salud será considerado inocente hasta que en la respectiva audiencia de juzgamiento ante un tribunal penal se determine lo contrario, y si por algún motivo, y pese a que haya existido una mala práctica profesional, no se ha demostrado a cabalidad la existencia del tipo penal de mala práctica profesional, existirá duda razonable en el tribunal, e innegablemente se ratificará el estado de inocencia que gozan los procesados. Por el contrario, en el proceso civil al pretender demostrarse una conducta reprochable no a la luz de un tipo penal sino de normas civiles ya sea un delito (civil) o un cuasidelito, la finalidad es el reconocimiento de un derecho vulnerado, que *a posteriori* conllevaría a un

resarcimiento económico. En este proceso no se maneja propiamente un principio de inocencia tal como en la esfera penal, sino que se busca a través de la carga probatoria que recae sobre el actor en demostrar la responsabilidad del profesional de la salud, un resultado favorable por parte del juzgador para obtener una sentencia que obligue al fallido a resarcir los daños materiales y/o inmateriales causados con su actuar.

Sin perjuicio de lo manifestado, y pese a que a breves rasgos se indicaron elementos favorables tanto en el proceso civil como también en el penal, es importante indicar, a manera de crítica a la acción penal, que puede existir una mala práctica médica, pero si la conducta del profesional de la salud no se adecúa a lo que establece el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal⁹⁶, el procesado será absuelto, pues la actividad probatoria debe girar en torno a demostrar más allá de toda duda razonable, que el profesional de la salud ha cometido un delito. Si a esta premisa se le agregan principios como los de mínima intervención penal o de *ultima ratio* del derecho penal, la acción civil tomaría un aspecto más relevante pese a las distintas dificultades probatorias que pueden o no presentarse.

En suma, el determinar cuál de ambas acciones es más efectiva, sería recaer en subjetividades y esto a su vez sería objeto de una distinta investigación, cuyas conclusiones posiblemente continuarían siendo indeterminadas, por lo cual ambas acciones son válidas y efectivas dependiendo de las circunstancias de cada caso y lógicamente del conocimiento y recomendación que realice el profesional del derecho a sus clientes.

⁹⁶ **Homicidio culposo por mala práctica profesional.**- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

2.3.5. Proceso oral dentro del Código Orgánico General de Procesos

Si bien la presente investigación inició mientras el Código de Procedimiento Civil se encontraba vigente y existiendo a costas varias acciones de daños con sentencias de última instancia, en la actualidad, al tener una norma adjetiva tan novel como el Código Orgánico General de Procesos, resulta imposible indicar de forma ejemplificativa cómo se llevan a cabo los juicios de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales de una mala práctica médica. No obstante, es posible señalar el deber ser de cómo debe desarrollarse un proceso civil de daños bajo la normativa actual haciendo un breve contraste con la normativa recientemente derogada.

Es así, que al igual que consagraba la norma adjetiva derogada, el trámite que se debe dar a la acción es el ordinario.

Al igual que en el Código de Procedimiento Civil, el Código General de Procesos, en su artículo 289 designa el presente trámite, a todas aquellas causas a las que la ley no haya asignado un trámite especial, por lo cual la acción de daños ya sean materiales o morales se ventilarán por vía ordinaria. Es importante mencionar que la prescripción por este tipo de causas no varía con la nueva ley adjetiva, y continúa siendo de 10 años al tratarse de un juicio ordinario conforme lo establece el artículo 2415 del Código Civil siempre que se reclamen daños materiales, pues si la acción es de daño moral, la prescripción es de 4 años tal como lo consagra el artículo 2235 del mismo cuerpo legal.

Como todo proceso, la vía ordinaria principia por una demanda, a la cual se deberán adjuntar los medios probatorios con los que se cuenten al momento de la presentación de la misma, y de la anunciación de los medios que deseen obtenerse, tal como lo establecen los artículos 143 numeral 5 y 142 numeral 7 respectivamente.

Sin perjuicio de lo indicado, y como se ha indicado en la presente investigación, es posible que el actor requiera obtener prueba de forma anticipada, ya sea con el fin de precautelar la integridad del medio probatorio, o con el objeto de verificar el lugar antes que se eliminen elementos que puedan ser utilizados como prueba, verbigracia exhibición de la historia clínica o inspección de la institución sanitaria, para lo cual el actor deberá solicitar dichos medios de prueba a manera de diligencia preparatoria conforme lo establecen los artículos 120 y siguientes *ejusdem*. Inclusive la propia prueba pericial puede ser obtenida antes de iniciar la demanda, para lo cual deberá el actor solicitar a un perito acreditado por el Consejo de la

Judicatura que realice su informe, presentarlo conjuntamente con la demanda y defenderlo en la audiencia respectiva.

El juicio ordinario se compone de dos audiencias, una preliminar y otra de juicio, en las cuales se practicará la oralidad en cada una de ellas conforme lo ordena el nuevo sistema oral, con la intervención de las partes, la dirección procesal del juez en aras de mantener las garantías constitucionales de administración de justicia y del debido proceso.⁹⁷

Dentro del juicio ordinario, la prueba deberá aparejarse a la demanda. De la misma manera deberán anunciarse en la demanda todos aquellos medios probatorios que se pretendan practicar en la respectiva audiencia de juicio y se deberá solicitar aquella prueba a la que no se tenga acceso y se requiera de una orden judicial para su obtención, acreditando justamente la imposibilidad de acceder a ella. Inclusive, la nueva norma adjetiva civil prevé la posibilidad de prueba nueva, la cual únicamente podrá presentarse en relación a los hechos indique la parte demandada en su contestación, siempre y cuando se cumplan las reglas que establecen los artículos 151 inciso cuarto⁹⁸ y 166⁹⁹ como se explicará a continuación.

Es así, que en base a los principios de oportunidad y contradicción, el legislador estableció dos momentos en los que se podría solicitar y anunciar elementos probatorios: la denominada ‘prueba nueva’ y la ‘prueba para mejor resolver’, la primera consagrada en el artículo 166 de la norma adjetiva vigente que permite a las partes solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, siempre que se lo realice hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio y que medie justificación referente a la imposibilidad de haberla conocido en los momentos procesales antes referidos, o que habiéndola conocido, su obtención resultaba imposible. Esta solicitud de prueba nueva deberá ser calificada por el juez, tomando en cuenta que sin duda alguna el artículo referido será utilizado a manera de argucia por los

⁹⁷ Lorena Vicuña Domínguez, Juan Chávez Pareja, “Manual del Código Orgánico General de Procesos”, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 107.

⁹⁸ En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

⁹⁹ Art. 166.- Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.

abogados que pretendan ocultar prueba a fin de evitar una posterior controversia por la contraparte.

En relación a la prueba de mejor resolver, tal como se explicó en el capítulo referente a la pericia que debe existir en un juicio de daños por mala práctica médica, es una alternativa que se le permite al juez para solicitar los mecanismos probatorios que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos, para lo cual innegablemente deberá motivar su decisión a fin de no incurrir en un anticipo de criterio o inclusive una posible ayuda o favoritismo hacia una de las partes.

Una de las características del juicio ordinario es que es el proceso más extenso de todos, y esto se debe a que permite todos los recursos, incidentes y actuaciones procesales que permite la ley. Dentro de este último campo, se encuentra la posibilidad de reconvenir lo cual no sucede en los procesos sumario y monitorio.

Al plantearse una demanda de daños, ya sea en contra de una institución sanitaria o en contra de un profesional de la salud, es probable que el demandado presente una reconvención, la cual por su naturaleza, sería inconexa y usualmente fundamentada en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, debido a que una demanda en contra de la casa de salud o del galeno, tenga o no asidero, representa un desmedro a su buen nombre u honra ya sea de una persona jurídica o natural, por lo cual en la parte pertinente del artículo 2232 *ibídem* se indica: “...están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación(...)o procesamientos injustificados...”.

El énfasis de la cita me corresponde y se lo realizó debido a que los procesamientos injustificados generan un derecho para aquellos que han sido imputados en dichos procesamientos y no han sido condenados, o por su parte, este derecho también se genera en aquellas personas cuya reputación se ha visto mancillada, lo cual, en términos generales, da pie a que dentro de un proceso se plantee la respectiva reconvención.

Capítulo III

Reparación integral del daño

Guillermo Cabanellas define a la reparación del daño como aquella obligación que al responsable del mismo le corresponde por dolo, culpa, convenio o disposición legal a fin de reponer las cosas a su estado anterior, dentro de lo posible o para compensar las pérdidas de toda índole que por ello haya padecido el perjudicado o la víctima, existiendo distintas formas de reparación, como la retractación, la reconstrucción de lo destruido, el derecho a la réplica e inclusive la publicación de una sentencia como sucede en el caso de una difamación.¹⁰⁰

El Código Civil del Ecuador establece la reparación como figura de resarcimiento ante un incumplimiento o daño causado en el artículo 2229 que establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”

Sin embargo, el principio de reparación integral es mayormente utilizado en el campo penal y en el ambiental y se encuentra consagrado de forma general por la Constitución de la República en el numeral 3 del artículo 86 que establece:

(...)La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse(...)

De esto se colige que la reparación integral de los derechos vulnerados es una garantía jurisdiccional, por lo cual debe ser aplicable en todos los procesos siempre y cuando no se vulnere ningún otro principio de igual jerarquía.

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal contiene en varios pasajes referencias a la reparación integral, e inclusive dedica un capítulo entero a la figura y consigna una definición en su artículo 77:

La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su

¹⁰⁰ Cabanellas, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, 147.

naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

Adicionalmente se establecen los mecanismos en los que se podrá reparar integralmente a las víctimas, tal como restitución, rehabilitación, indemnización de daños, medidas de satisfacción o simbólicas y garantías de no repetición.

De las definiciones antes consignadas es importante destacar que el concepto de reparación integral dista del concepto de reparación por el hecho que este último, únicamente implica un resarcimiento usualmente pecuniario, mientras que la reparación integral, como su nombre bien lo indica, es un resarcimiento total, es decir, que cubre todos los aspectos que el daño pudo haber generado dentro de lo que se incluye una reparación tanto de los daños materiales como inmateriales, con el objeto que se resarzan tanto el detrimento económico causado por el daño, así como el dolor o sufrimiento generado por la actividad dañosa e inclusive tomando en cuenta los valores que se dejaron de percibir con ocasión del daño y el tiempo y costo que implica el tiempo de recuperación en el caso de lesiones, lo cual se traduce como lucro cesante y daño emergente, los cuales serán explicados posteriormente.

Es importante considerar que en el sistema jurídico ecuatoriano existe un inconveniente para circunscribir a la reparación integral, es decir, para fijar sus limitaciones a fin que no se beneficie a la víctima más de lo que legítimamente merecería y por el contrario, que no se perjudique más de lo que legítimamente correspondería al fallido. Estos límites los fija el juzgador, utilizando su sana crítica sin parámetros legales unívocos, por lo cual, desde una perspectiva lógica, podría argumentarse que una de estas limitaciones podría ser el no generar la insolvencia o quiebra del profesional de la salud o del nosocomio. Al efecto Edgardo López establece que los límites de la reparación integral deben en primer lugar ser fijados en cuanto a su beneficiario, ciñéndose la limitación activa de la acción resarcitoria a aquellos que verdaderamente hayan padecido el daño sin que esto se extienda a terceros que simplemente pretenden lucrar de un daño; otro parámetro sería el fijar un techo a la reparación integral, lo cual si bien es complejo debido a su carácter subjetivo, indica que en el sistema anglosajón existen topes fijados por la ley, y que hasta cierto punto la reparación es tarifada, dependiendo de entre otras cosas de la capacidad económica del fallido, así como del plan de seguro que cuenten.¹⁰¹

¹⁰¹ López, “Manual de Responsabilidad Civil”, 570.

3.1. Crítica al principio de responsabilidad integral

Edgardo López manifiesta que es muy difícil que la persona que causó el daño, lo repare en su totalidad, especialmente si existe daño moral, puesto que el sufrimiento padecido muy difícilmente puede ser resarcido.¹⁰²

Por tal motivo, en el common law, se ha desarrollado la figura, al punto de superar la reparación integral o ‘full compensation’ por la compensación razonable o justa ‘reasonable/fair compensation’, a fin de evitar que quien ha padecido el daño, termine sacando provecho por la indemnización que deberá pagar quien lo causó, dejando al primero en una situación más favorable frente a la situación que tenía antes de producirse el daño.¹⁰³ La compensación razonable busca ser equitativa con respecto a posibles injusticias que pueden suscitarse al fijar indemnizaciones irrisorias.

Es así, que si bien en el Ecuador la reparación integral goza de especial importancia en el ámbito penal, pierde un poco dicha relevancia en consideración ante la imposibilidad del derecho penal de actuar de forma preventiva, lo cual sí se puede lograr en la esfera de responsabilidad civil, pues tal como lo aseveran algunos críticos y precursores de la figura de reparación integral, a fin que la responsabilidad civil pueda fungir de forma preventiva, se debe imponer a quienes están en mejores condiciones de evitar un accidente, adecuando su nivel de actividad al mínimo coste, la obligación de reparar todo el daño, por lo cual aquellos que manejan una línea de pensamiento similar, prefieren hablar de reparación ‘plena’ en lugar de utilizar el vocablo ‘integral’.

En tal virtud, dentro de la órbita de responsabilidad médica es importante destacar que si un médico es procesado por una presunta responsabilidad penal, deberá, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, reparar de forma íntegra a la o las víctimas, sin importar los valores que alcancen y que determine el respectivo Tribunal, mientras que si esto sucede en el campo civil, el médico como sujeto pasivo del proceso, deberá resarcir los daños materiales generados a la víctima y a los inmateriales que determine el juez, en caso de existir, siempre y cuando se hayan

¹⁰² López, “Manual de Responsabilidad Civil”, 566.

¹⁰³ Diego Sandoval Garrido, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas, (Edición Digital, 2013), <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>>

alegado y probado, dentro de un marco de razonabilidad de conformidad con la doctrina ya citada.

Por lo tanto, se puede afirmar que dentro de la responsabilidad civil especialmente, no importa el verdadero daño padecido, sino más bien, el daño que se pueda llegar a demostrar a fin que el juez en base a los recaudos probatorios no perjudique en su fallo a ninguna de las partes.

3.2. Lucro cesante

Si bien el Código Civil ecuatoriano en distintos artículos hace referencia a la figura de lucro cesante, no indica cuál es su significado, para lo cual es necesario acudir a la doctrina a fin de obtener una definición.

Es oportuno entender a la figura en base a sus dos vocablos, el primero: 'lucro', implica aquellos ingresos al caudal económico de una persona mientras que 'cesante' se refiere a que por la ocurrencia del daño, estos ingresos se dejarán de producir ya sea en su totalidad o en una parte.

El lucro cesante en términos generales es una figura compleja, debido a que se refiere a un perjuicio basado en ingresos hipotéticos, pues se parte de la premisa de que en el evento en que no hubiera ocurrido el daño, qué podría haber ocurrido (¿?) si las cosas hubieran seguido su curso normal, debiendo el juzgador realizar un juicio de probabilidad o verosimilitud para calcular los ingresos que la víctima a raíz del daño, dejará de percibir.

El principal rubro a considerarse para determinar un lucro cesante es la pérdida de trabajo, ya sea por muerte o por incapacidad de la víctima. En ese sentido, el juzgador deberá tomar en cuenta los ingresos de la víctima, la edad que tiene y los ingresos que dejaría de percibir por no poder continuando con el desempeño de su trabajo. Esta forma de determinar lucro cesante conlleva una especial complicación, y es que muy fácilmente se puede caer en subjetividades al determinar un valor indemnizable en base a supuesto y a meras expectativas, toda vez que no es posible saber con certeza si los ingresos de la víctima hubieran aumentado o disminuido con el transcurso del tiempo.

Ahora bien, el juez o tribunal que pretenda dictaminar la existencia de lucro cesante, deberá para el efecto verificar la posible existencia a futuro de dichos ingresos que se dejarán de percibir por la incapacidad o muerte de un paciente cuando hablamos de responsabilidad médica. Por tal motivo, no basta con que el

actor solicite el pago de dichos valores de forma arbitraria y subjetiva, sino por el contrario, el cálculo deberá tener un sustento lógico y coherente con la remuneración que percibía la víctima antes de sufrir el daño.

Para el efecto, el mecanismo probatorio más efectivo para determinar dicho lucro cesante es una pericia contable, a fin que determine un valor que obedezca a los ingresos que se dejaron de percibir en razón de la imposibilidad de trabajar de una persona, considerando los tiempos de incapacidad, inflación, entre otros elementos exógenos que influyen en el informe del perito.

Es importante indicar que el lucro cesante que deberá determinar un tribunal, en base a las respectivas pericias a realizarse, únicamente será procedente si es que la víctima no pueda reintegrarse a su actividad productiva, por lo cual es de gran relevancia el saber con exactitud el tiempo de incapacidad o si esta puede llegar a ser permanente, pues no existe forma de efectuar un cálculo científico o general de calcular dicho perjuicio, lo que genera a su vez que las incapacidades sean calculadas de acuerdo a porcentajes e inclusive de baremos que en cierta medida otorgan algo de certeza y objetividad al momento de fijar un valor indemnizable.

Por lo tanto, la indemnización de lucro cesante debe contener ciertos presupuestos probatorios para poder ser ordenada por un juez, caso contrario el mismo debería rechazarla como sucede en muchos casos, verbigracia, cuando se alegan daños a terceros, es decir, cuando se arguye que a raíz del daño causado a una paciente, su cónyuge ha descuidado sus obligaciones profesionales, repercutiendo en los ingresos del mismo, y por ende, en el caudal económico de la víctima, lo cual es comúnmente soslayado por los juzgadores, debido a la falta de coherencia de dicha alegación. De la misma forma el juez o tribunal deberá considerar las circunstancias de cada individuo, principalmente su edad y profesión, puesto que no es el mismo daño el que se causa a una persona dedicada al hogar de 60 años de edad, que si el mismo se irroga a un profesional de 30, que se encuentra iniciando su vida profesional, pues lógicamente el lucro cesante en el segundo caso será muy superior al de la persona de 60 años en razón de los ingresos que podría haber percibido el profesional de 30 años, pese a que la actividad dañosa sea la misma.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ricardo Rabinovich-Berkman, “Responsabilidad del médico”, 227.

3.3. Daño emergente

De acuerdo con Guillermo Cabanellas, daño emergente es el detrimento o menoscabo material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole, producidos por un mal o hecho dañoso. El daño emergente se refiere a la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, la cual se traduce en una disminución de su patrimonio, lo cual dista del lucro cesante en el sentido en que éste último se configura por la privación de aumento patrimonial a razón de la supresión de una ganancia esperable.¹⁰⁵

El daño emergente, al igual que el lucro cesante, tiene una clara connotación pecuniaria, por lo cual, ambas figuras son completamente aplicables en el evento de haberse producido un daño material, sin embargo, al tratarse de un daño inmaterial, el elemento con mayor posibilidad de ser demostrado es el daño emergente.

Es así, que en el evento de producirse un daño moral, se tendrá como daño emergente aquellos costos que involucren la cobertura de una terapia psicológica y de ser necesario, psiquiátrica, que coadyuve a la víctima a hacer frente y sobrevenir el daño, y por ende permitir a la víctima superar el dolor sufrido por causa del agente dañoso.

Desde una perspectiva material, es mucho más simple verificar e incluso cuantificar el daño emergente, pues en las víctimas de lesiones se incluirán todas aquellas erogaciones para curar las lesiones padecidas y además aquellos gastos a futuro que permitan que se regrese al estado físico previo al daño, dentro de lo cual se incluyen fisioterapias, medicamentos, etc.

Adicional a los ejemplos consignados, existen una gran variedad de rubros a ser determinados por el juzgador a manera de daño emergente como lo son aquellos implementos que ayudan a la víctima a sobreponerse del daño, como pueden ser silla de ruedas, implementos auditivos, entre otros. A su vez, se deberán tomar en cuenta gastos que no tengan relación con la lesión, pero que fueron realizados en pos de defender un derecho lo cual se vuelve lógicamente imputable al agente dañoso, como lo son los honorarios profesionales, las pericias y consultas profesionales, etc.

Dentro de la órbita de responsabilidad médica, los gastos más comunes en el caso de lesiones causadas a un paciente son la hospitalización, medicación, exámenes, costos de especialistas de ser el caso, personal auxiliar como enfermeras

¹⁰⁵ Cabanellas, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, 6.

particulares, etc., cuya necesidad y valoración deberán ser demostrados por la parte actora del juicio de daños y en aquellos casos en que a la fecha de que el juzgador deba emitir su resolución, no se cuente con valores precisos para la fijación del daño emergente, éste deberá verificar la previsibilidad de dicho daño y en base a un promedio coherente y razonable, fijar los distintos tipos de ayuda y costo de la misma que requerirá el agraviado.

Tanto el lucro cesante como el daño emergente dependen de una cuantificación objetiva en dinero, realizada por el juzgador, quien con ayuda de los aportes probatorios que realice sobretodo la parte que pretende ser indemnizada, fijará el valor que deberá resarcir el causante del daño.

3.4. Reparación en el daño moral

Tal como se ha indicado en el presente capítulo y en el que le precede, existen distintas formas en las que se produce un daño moral, tal como la difamación o calumnia, el enjuiciamiento injustificado o las formas de sufrimiento generado por un tercero, dentro de la cual se encuentra la razón que nos ocupa, el sufrimiento causado por una mala práctica médica, ya sea en contra de sí mismo o de un familiar o cónyuge.

Cuando se trata de una calumnia o injuria, la legislación penal prevé una forma de resarcimiento sin mayores agravantes, como lo es la retractación, sin embargo ésta, para efectos punitivos desde una perspectiva civil, es insuficiente.¹⁰⁶

Cuando se trata de un daño moral derivado por una mala práctica médica, es muy difícil que sea cuantificado, por lo cual la fijación de la pretensión de la acción deja de ser objetiva y se vuelve completamente subjetiva, siendo su reclamación netamente un precio que a consideración del actor se le otorga al padecimiento atravesado. Esta subjetividad se profundiza al momento que existen reclamaciones similares pero con cuantías muy distantes entre sí, lo cual implica claramente que para unas personas el dolor derivado de una mala práctica médica tiene un valor

¹⁰⁶ Art. 182.- **Calumnia.**- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (...)No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.

exorbitante, para otras un valor moderado y para otras uno ínfimo, pese a que todas probablemente han padecido el mismo grado de afectación.

En tal virtud, se puede afirmar que la cuantificación del daño moral debe ser regulada y moderada por el juez, tomando en consideración una serie de parámetros que no necesariamente constan de forma positiva en el ordenamiento jurídico, pero que serán de gran utilidad para el juzgador al momento de indicar un valor indemnizatorio, por ejemplo, religión, edad, ingresos, lugar de trabajo, entre otros. El juez o tribunal deberán actuar con coherencia, lógica y honradez, principios inherentes a la deontología que escapan a la órbita legal y mueren en una realidad subjetiva para los intervinientes del proceso, pues para una parte puede ser un valor justo el fijado por el juez, mientras que para la otra puede ser irrisorio.

En el evento de existir responsabilidad médica fruto de una lesión estética, los parámetros son un poco más estrictos debido a que la imagen física de una persona es lo que primero es percibido por la sociedad, y por tal motivo, el valor a otorgar al sufrimiento emocional e incluso espiritual de una persona incrementa mucho más con respecto al resto de ejemplos de daño moral, con una agravante a considerarse en el caso que la víctima trabaje y viva gracias a su imagen y/o cuerpo o apariencia física, como es el caso de deportistas o personajes de cine y televisión, entre otros similares, en cuyo caso, a más de un valor moral que de por sí resultaría cuantioso, el lucro cesante o daño emergente que se determinará, será a todas luces considerable y representativo en razón de la lesión estética motivo del daño.

En suma, tanto para el principio de reparación integral que consagra la constitución como para la reparación en el juicio de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, la normativa ecuatoriana resulta insuficiente, pues a más de los pasajes que constan en los artículo 77 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal ni en el artículo 78 de la Constitución¹⁰⁷, no existen lineamientos que sirvan

¹⁰⁷ COIP: Art. 77.- **Reparación integral de los daños.**- La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

Constitución: Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

como estándares para determinar cantidades o al menos rangos de cantidades a título de reparación, y de la misma manera, tampoco se prevé un mecanismo legal ni jurisprudencial que permita evitar la doble reparación, es decir, si una persona en una acción de daños obtiene una indemnización por parte del profesional de la salud, y posteriormente inicia una nueva demanda contra la institución sanitaria, sería posible alegar una excepción de pago o *de non bis in ídem* (?), la respuesta es que ante la falta de lineamientos, podría cometerse este abuso del derecho, teniendo como único recurso el derecho comparado en el cual legislaciones y jurisprudencia extranjeras han limitado una doble reparación a la víctima.

Capítulo IV

Conclusiones y recomendaciones

4.1. Conclusiones

Después de haber realizado la presente investigación es posible afirmar que se han podido explicar de forma objetiva, detallada, ejemplificativa y práctica, con bibliografía de tratadistas de renombre en la materia, los elementos de la responsabilidad civil y responsabilidad médica, de la acción de daños y de la prueba que deberá practicarse ante la ocurrencia de una mala práctica médica, haciendo hincapié en las dificultades y vicisitudes que se han presentado a lo largo de la investigación como la falta de normativa y bibliografía ecuatoriana en el tema o la derogación e instauración de normativa procesal, sin que esto haya sido un real impedimento para que se explique un tema con tanta relevancia social en la actualidad del Ecuador.

La relevancia del tema escogido radica en que hoy en día las acciones en contra de médicos y de casas de salud son más frecuentes que antes, y no todas ellas cuentan con el fundamento necesario para ser aceptadas, pues en muchos casos, ya sean una acción civil o una penal en contra del profesional de la salud, se la hace para poner a la defensiva a la parte demandada con fines netamente pecuniarios, lo cual si bien no es del todo moralmente reprochable en la esfera civil, sí lo es en la penal, toda vez que se estaría disfrazando un interés particular con uno público. Este camuflaje, que implica plantear una acción penal cuando en realidad lo que se pretende es un resarcimiento económico, a más de representar un abuso del derecho, fue un motivo importante para la elaboración de la presente investigación.

Es así, que si bien en un inicio la premisa de esta investigación fue partir desde una perspectiva civilista que explique el por qué la acción de daños es adecuada para afrontar la mala práctica médica inclusive frente a otras acciones posibles, la propia investigación ha dado como resultado que cada acción, cada situación y cada circunstancia difiere entre sí, por lo cual es complejo e incluso antojadizo establecer un estándar sobre una sola acción cuando existen en el Ecuador un abanico de posibilidades jurídicas que cubrirían los distintos escenarios que puede presentarse en un incidente médico.

Haciendo referencia al tema disertado, dentro de los temas sustantivos expuestos en el primer capítulo de la investigación, uno de los que goza mayor relevancia es la *lex artis*, pues al hablar de responsabilidad médica resulta propiamente un estándar sobre la conducta que debe tener un médico típicamente en el uso específico de su conocimiento en cada situación. Este elemento muchas veces es el único parámetro para identificar la responsabilidad del profesional sanitario. Sin una concepción clara de la *lex artis* hubiera sido imposible continuar con una explicación del resto de temas que envuelve la responsabilidad médica, por lo cual la *lex artis* funge como punto de partida y permitió establecer conclusiones sobre los temas más álgidos de la investigación.

De esta manera la responsabilidad civil gira, para los efectos del tema abordado, en torno a la actuación culposa del galeno, encontrándose en esta investigación temas como la responsabilidad objetiva, la solidaridad, la corresponsabilidad o la responsabilidad indirecta que entre los tratadistas no existe una posición unificada, por el contrario existen fuertes posiciones antagónicas, por lo cual se debió explicar ambas caras de la moneda para finalmente explicar cuál alternativa sería la más acertada o aplicable para el derecho ecuatoriano. Por ejemplo en cuanto a la responsabilidad objetiva de las instituciones sanitarias varios de los tratadistas citados concuerdan en que es innegablemente objetiva, sin embargo ante los ojos de la legislación ecuatoriana, esto no es viable salvo en la responsabilidad de las casas de salud públicas, por lo cual se explicó que previo a la verificación de una responsabilidad objetiva, debe existir una responsabilidad subjetiva del agente dañoso. De la misma forma, la corresponsabilidad que establece el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud Pública, nombrado reiteradamente en la presente investigación, es un error técnico por parte del legislador, quien en su afán de generar un mayor grado de responsabilidad para las casas de salud, utilizó la palabra corresponsabilidad, cuando en realidad pudo haber usado los vocablos solidaridad o responsabilidad indirecta, de ser el caso.

Estas últimas dos clases de responsabilidad fueron dos de los puntos que mayor importancia revistieron en el presente trabajo, pues después del análisis respectivo, es posible afirmar que si bien ambas instituciones son diametralmente distintas, puede existir para el legislador o para el abogado en general, confusión en cuanto a su utilización dentro del ámbito de responsabilidad médica, pues la solidaridad en sí es una consecuencia, un efecto de la ley o de la voluntad de las

partes, mientras que la responsabilidad indirecta es causa o fuente de imputabilidad, lo cual para efectos procesales resulta un punto neurálgico, toda vez que la solidaridad evita la necesidad de probar, pues en la especie se genera por mandato de la ley una responsabilidad para la casa de salud, o para quien la ley así lo disponga, mientras que la responsabilidad indirecta obliga al afectado a demostrar que existe culpa por la entidad sanitaria por no elegir bien a su personal o por no vigilar adecuadamente su actuación.

En suma, la responsabilidad objetiva a diferencia de lo indicado por la doctrina, debería ser una excepción y no la regla. Tanto la ley como la jurisprudencia deberían delimitar los parámetros para que se verifique en primer lugar una responsabilidad subjetiva y en segundo, una potencial responsabilidad objetiva, utilizando para ello inexorablemente a la *lex artis*, a través de la cual se podría eliminar subjetividades y pasar de esa forma al análisis de una responsabilidad objetiva, pues es justamente este precepto el que ha permitido que exista un abuso del derecho en múltiples acciones tanto civiles como penales, tendientes a, como ya se indicó, obtener una ganancia apreciable en dinero.

La misma problemática ocurre con la legitimación activa en la acción de daños, particularmente extrapatrimoniales, pues al permitirse a cualquier individuo a demandar daños morales por un sufrimiento devenido de un incidente médico, implica tener un camino amplio y sin restricciones para nuevamente abusar del derecho de acción y demandar a los profesionales de la salud y en ocasiones a los entes sanitarios como mecanismo de presión en su contra con fines económicos. Nuevamente la solución recae en manos del legislador y de Corte Nacional, pues únicamente la norma y la jurisprudencia son los que pueden dar un límite al abuso del derecho que se presenta en la responsabilidad médica, y la base para establecer dichos límites no necesitan ser del todo técnicos, pueden ser simplemente lógicos, pues con una simple indicación que la acción de daños debe revestir relevancia jurídica y social, disminuiría en gran número las acciones injustamente planteadas.

La relevancia vendría a ser una de las conclusiones más importantes de la presente investigación, pues con un parámetro tan lógico, se podría evitar una gran cantidad de agotamiento, no solo de las partes, sino también del propio aparato jurisdiccional, ya que si se le obliga al actor, a demostrar que su daño debe ser relevante para la sociedad, muchas personas se abstendrían de demandar. Para ejemplificar lo indicado podría darse el hipotético caso del fallecimiento de un

personaje público a quien yo admiraba pero no conocía, y si bien su muerte pudo ser producto de una negligencia médica, no me confiere el derecho de iniciar una acción por daños extrapatrimoniales en contra del profesional de la salud ni de la institución sanitaria, por cuanto pese a que en efecto pude haber sufrido una afectación emocional, ésta no es relevante jurídica ni socialmente.

Lamentablemente en el Ecuador, existe un enorme retraso a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial que impiden una correcta aplicación del derecho por parte de abogados y jueces en procesos de mala práctica médica. La única fuente que podría utilizarse para suplir los vacíos actuales es el derecho comparado, pues en legislaciones vecinas, así como en el derecho anglosajón y en gran parte de Europa, la responsabilidad médica es un tema pormenorizado y delimitado por legisladores y jueces, permitiendo una correcta administración de justicia. Por ejemplo, en temas de reparación integral, el derecho comparado tiene techos, rangos e inclusive baremos que permiten que las indemnizaciones no sean irreales, sino por el contrario, obliga a que sean apegadas a la realidad, tanto de los sujetos procesales como del daño irrogado; en contraste, en el Ecuador, existen demandas con cuantías millonarias, cuando lógicamente la realidad del país es muy distinta, pero lamentablemente en ocasiones esas cuantías son aceptadas y fijadas por los jueces y en escenarios similares el mismo juzgador puede llegar a fijar la décima parte de lo fijado previamente.

En conclusión, la presente investigación permite afirmar que la acción civil de daños patrimoniales y extrapatrimoniales sí es adecuada y efectiva para ser planteada frente a una mala práctica médica, pues devela un interés particular sin ningún tipo de tapujo o camuflaje, siendo esta una acción civil favorable para el sujeto activo en consideración a su eficacia probatoria y en un lapso no muy prolongado de tiempo frente a lo que se acostumbraba previo a la promulgación del Código Orgánico General de Procesos y frente a otras acciones cuya duración puede ser mayor y con resultados igualmente inciertos.

La presente investigación tuvo como finalidad, entre otras, explicar una de las alternativas existentes en el sistema jurídico ecuatoriano para afrontar una mala práctica profesional, con el objetivo de generar una suerte de estándar para el futuro actuar de los profesionales del derecho, tanto jueces como abogados, e inclusive para que la acción civil tome un papel más preponderante con respecto a otras acciones posibles, sin embargo este propósito únicamente fue cumplido parcialmente, pues si

bien se explicó a fondo los elementos que componen a la acción civil de daños y se concluyó que la misma es adecuada y eficaz, es imposible generar un estándar ni afirmar que esta acción es más apropiada con respecto a otras, toda vez que eso implicaría incurrir en subjetividades que simplemente serían refutadas por su arbitrariedad. La acción civil de daños es apropiada y útil, pero sería una falacia indicar que sería más idónea que una acción penal, una administrativa o una de derechos del consumidor, pues cada una de ellas existe para ser incoada dependiendo del caso que corresponda, con sus particularidades, elementos de prueba y duración que varían entre sí, sin que sean más ni menos efectivas que la acción civil de daños. En ese sentido es posible aseverar que esta investigación puede servir como pauta o guía a un profesional del derecho para que explique e instruya de mejor forma a su cliente sobre los distintos componentes de la acción civil de daños en la malpraxis médica, pues descansa en nosotros como abogados, en nuestro criterio y en nuestro conocimiento de la ciencia y técnica jurídica, el asesorar y recomendar, considerando todos los elementos indicados a lo largo de este trabajo investigativo, si la acción civil de daños es la más conveniente a seguir en una mala práctica médica dependiendo del escenario en que se presente, y de esta forma evitar un ejercicio injustificado del derecho, sino por el contrario, obtener una correcta tutela judicial efectiva.

4.2. Recomendaciones

Los problemas más frecuentes en la elaboración de la presente investigación surgieron a raíz de insuficiencia normativa, doctrinaria y jurisprudencial en el derecho ecuatoriano que permitan establecer lineamientos específicos sobre los elementos tratados en la presente investigación, principalmente en figuras como *lex artis*, responsabilidad subjetiva y objetiva, responsabilidad médica, entre otros, por lo que la recomendación lógica sería avanzar y evolucionar como gremio, en todo aspecto, en la rama de derecho médico y en el ámbito de responsabilidad médica, para poder tener una mayor seguridad jurídica en cuanto a distintos puntos que pueden ser difusos para los profesionales del derecho.

De forma particular, deberían ser los magistrados de la Corte Nacional quien a través de algún fallo establezcan de forma unívoca, criterios inherentes a la responsabilidad médica y que son comúnmente acogidos en el derecho comparado para poder conocer con mayor claridad, previo al inicio de una acción, si las circunstancias se encasillan en los parámetros fijados por la sala especializada correspondiente.

De la misma manera, se debería impartir en las aulas de las facultades de derecho de las universidades ecuatorianas la materia de derecho médico, dentro de la cual se abordarían varios de los elementos explicados en el presente trabajo investigativo, para que los estudiantes, una vez que se conviertan en profesionales, cuenten con el conocimiento necesario para resolver un problema de mala práctica médica desde una perspectiva técnica-jurídica lógicamente. En ese sentido debería también promoverse a través de cualquier institución la instauración de seminarios y conferencias con profesionales capacitados en la rama que compartan su conocimiento en la materia, con el claro fin que la responsabilidad médica deje de ser un tema desconocido y por tanto aplicado erróneamente por los profesionales del derecho para que pase a ser un tema de uso común, con el conocimiento de causa correspondiente.

A su vez, las universidades deberían considerar la posibilidad de crear un programa de especialización y/o maestría en derecho médico, pues esta rama es prácticamente inhóspita para el común de los profesionales del derecho, y aquellos que cuentan con el conocimiento en la materia, lo adquirieron ya sea empíricamente y/o de forma científica especializándose fuera del país o de forma autodidacta con literatura y normativa foránea.

La principal recomendación que se puede consignar al profesional del derecho lector de la presente investigación, es que analice bajo todos los parámetros posibles qué acción elegir frente a la ocurrencia de una mala práctica médica, y que después de ese análisis se lo explique de forma clara a su cliente para que sea la acción civil de daños o no, la que más se adecúe primero a la realidad de los hechos y segundo a la necesidad del cliente.

Bibliografía

- Aguiar-Guevara, Rafael. *Tratado de Derecho Médico*. Vol. I. Quito: Jurídica del Ecuador, 2015.
- Barragán Romero, Gil. *Elementos de daño moral*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Bermudez Muñoz, Martín. "El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad" *Revista de Derecho*, 1995: 10.
- Blanco Perez-Rubio, Lourdes. *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?* Cuaderno de Derecho, Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014.
- Bueres, Alberto, y Eugenio Zaffaroni. *Responsabilidad Médica*. Bogotá: Temis, 2014.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Vol. III. Buenos Aires: Heliasta, 2003.
- Canterbury vs Spence (Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, 1972).
- Cifuentes, Santos. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- Colegio Médico de Perú. *Código de Ética y Deontología*. Lima, 2007.
- De Siqueira, José Eduardo. *Los orígenes del consentimiento informado en clínica*. 29 de Abril de 2009. <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/27949/6/articulo3.pdf> (último acceso: 12 de Enero de 2016).
- Dominguez Aguila, Ramón. *Consideraciones en Torno al Daño en la Responsabilidad Civil*. Concepción: Reevista de derecho Universidad de Concepción, 1990.
- Ecuador. *Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial, Suplemento No. 58*, Quito: 12 de Julio de 2005.
- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial, Suplemento No. 360*, Quito: 13 de Enero de 2000.

- Ecuador. *Código Penal. Registro Oficial, Suplemento No. 147*, Quito: 22 de Enero de 1971.
- Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial, Suplemento No. 506*, Quito: 22 de Mayo de 2015.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento No. 180*, Quito:10 de Febrero de 2014.
- Ecuador. *Ley de Derechos y Amparo al Paciente. Registro Oficial, Suplemento No. 626*, Quito, 3 de Febrero de 1995.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial, Suplemento No. 423*, Quito, 22 de Diciembre de 2006.
- Ferro, María, Luzcarín Molina Rodríguez, y William Rodríguez. *Acta Odontológica Venezolana*. Venezuela, 2009.
<http://www.actaodontologica.com/ediciones/2009/2/> (último acceso: 31 de Mayo de 2016).
- Garcia Falconí, José. “*Derecho Ecuador.com. ¿Qué es la Lex Artis?*”, 12 de Agosto de 2013.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2013/08/12/-que-es-la-lex-artis-> (último acceso: 15 de Febrero de 2016).
- García Falconí, José. *Parte práctica del juicio por la acción del daño moral y forma de cuantificar su reparación*. Quito: Rodim, s.f.
- Hernando, Devis Echandia. *Compendio de Derecho Procesa Civil*. Vol. II. Bogotá: Temis, 2012.
- Higueras, Javier. «Higueras Abogados.» *Doctrina de la pérdida de oportunidad y valoración de la indemnización por daño moral*. 24 de Noviembre de 2014.
<http://higuerasabogados.com/doctrina-de-la-perdida-de-oportunidad-y-valoracion-de-la-indemnizacion-por-dano-moral-sanitario/> (último acceso: 28 de Agosto de 2016).
- Iturraspe, Mosset. *Responsabilidad civil del médico*. s.f.
- Lopez Herrera, Edgardo. *Manual de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Machado Rodríguez, Camilo Iván. «Portale Médicos.com.» 15 de Diciembre de 2010. <http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/2668/1/La-relacion-medico-paciente-De-la-verticalidad-a-la-horizontalidad.html> (último acceso: 24 de Noviembre de 2016).

- Mainetti, José Alberto. *Bioética sistemática*. La Plata: Quirón, 1991.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil*. Vol. II. Santiago de Chile: Jurídica Chile, 1988.
- Morán Sarmiento, Rubén. *El daño*. Guayaquil: Edilex, 2010.
- Oliva Blásquez, Francisco. *Responsabilidad Médica*. Quito, Ecuador, 17 de Abril de 2015.
- Pérez Restrepo, Juliana. *La carga dinámica de la Prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica*. Trabajo de Investigación, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín: Edición Digital, 2009, 207.
- Peyrano, Jorge Wakter. *Cragas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo . *Responsabilidad del Médico*. Segunda. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracibtractual*. Santiago de Chile: Jurídica Chile, 2010.
- Sandoval Garrido, Diego Alejandro. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. *Revista de Derecho Privado* (<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602/3780>), 2013.
- Tena, Eduardo Andreu, Agustín Azparren Lucas, y Emilio Donat Laporta. *Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva*. Editado por Cross Mark. 23 de Septiembre de 2013. <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-articulo-estudio-jurisprudencial-medicina-satisfactiva-S0377473213000679> (último acceso: 20 de Marzo de 2016).
- Terrangui, Marrco Antonio. *El delito culposo en la praxis médica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Vicuña Dominguez, Lorena, y Juan Chávez Pareja. *Manual del Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016. 107.
- Visintini, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

Vivas, Mario Luis. *Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Argentina, 2017*. Edición electrónica. www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificacion-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo (último acceso: 20 de Febrero de 2017).