



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO



# TESIS EN OPCIÓN AL TÍTULO DE ABOGADO

*TÍTULO: Presupuestos teórico-doctrinales que fundamentan  
la exigencia de responsabilidad jurídica civil al  
médico en Ecuador.*

*AUTORES: Washington Fernando Calvopiña Vargas  
José Luis Chipugsi Alban*

*TUTORA: Esp. Aliani Díaz López*

*PINAR DEL RÍO.*

*JULIO, 2009*

## *Declaración de autoría*

Declaramos que somos los únicos autores de este trabajo y autorizo al Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad Hermanos Saiz Montes de Oca; así como a dicho centro y a la carrera de Ciencias Administrativas, Humanísticas y del Hombre para que hagan el uso que estimen pertinente del mismo.

Para que así conste firmo la presente a los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año 2009.

---

**Autor**

**Washington Fernando Calvopiña**

---

**Autor**

**José Luis Chipugsi Alban**

---

**Tutora**

**Esp. Aliani Díaz López**

## DEDICATORIA

*A mi familia, en especial a mis padres: su confianza en mí me mantuvo comprometido, todo el tiempo, con el proyecto que es mi formación como jurista y mis éxitos, muchas veces, fueron anónimamente suyos.*

*A mi hermano Roberto Calvopiña: sé que desde algún lugar me guía y quiero, a través de mí, cumplir todos los que fueron sus sueños.*

*Washington Fernando Calvopiña Vargas*

*El pilar fundamental en la formación de un hombre es la enseñanza y educación de los padres y de la familia entera. Por lo que dedico a mi familia en especial a mis padres y al pueblo cubano que me brindó su perdurable cariño para cumplir un objetivo más de vida.*

*José Luis Chipugsi Albán*

# AGRADECIMIENTOS

*Mencionar a todos los que han contribuido a transitar y allanar el camino hasta aquí, sería incurrir en olvidos imperdonables; por ello preferimos no correr riesgos y sencillamente, agradecer a los amigos buenos y malos... cada uno de ellos sabe quienes son.*

*A nuestros padres, por respaldar todos nuestros propósitos, incluso este de venir a Cuba a sellar nuestra formación de pregrado como juristas.*

*A la profesora Lic. Nileidys Torga Hernández, porque hay personas que no podemos dejar de mencionar y en el fondo, esta también es su tesis.*

*A nuestra tutora Esp. Aliani Díaz López, porque siempre estuvo segura de que podría ser y nos convencía de ello.*



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using *libilidad*  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

Washington Fernando Calvopiña Vargas  
José Luis Chipugsi Alban

*“Es la medicina como el derecho, profesión de lucha; necesitase un alma bien templada para desempeñar con éxito ese sacerdocio; el contacto de las diarias miserias morales y materiales, el combate con la sociedad y la naturaleza, hacen mal a las almas pequeñas, mientras que es revelación de cosas altas en almas altas y hermosas.”*

*José Martí*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Galería del Senado, Revista Universal, México, 12 de octubre de 1875, Obras Completas. Edición Crítica, Centro de Estudios Martianos, 1985, t. 2, p. 208.

## ÍNDICE

### **INTRODUCCIÓN / 8**

### **CAPÍTULO I: De la responsabilidad jurídica civil del médico / 13**

#### **1. La responsabilidad jurídica civil del médico / 12**

1.1 Responsabilidad profesional, responsabilidad jurídica y responsabilidad médica: ¿términos adversos o complementarios? / 15

1.2 Fundamentos y características de la responsabilidad jurídica civil del médico / 18

1.2.1 Formas de la culpa médica / 22

1.2.2 Regímenes de la responsabilidad civil / 24

1.2.2.1 Responsabilidad contractual y extracontractual / 24

1.2.2.2 Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva / 31

1.3 Clases de daños y su resarcimiento / 32

1.4 El consentimiento informado: su importancia en sede de responsabilidad jurídica civil del médico / 34

#### **2. La responsabilidad jurídica civil de médico en el derecho comparado/ 38**

2.1 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil español / 39

2.2 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil argentino / 41

2.3 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil cubano / 43

### **CAPÍTULO II: La responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador: doctrina y Derecho / 44**

#### **1. Consideraciones generales / 44**

#### **2. La relación médico-paciente en Ecuador / 48**

**3. La *lex artis ad hoc* y el consentimiento informado en el Derecho ecuatoriano / 53**



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using *Responsabilidad*  
PDF Complete.

Washington Fernando Calvopiña Vargas  
José Luis Chipugsi Alban

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

#### **4. Valor del instituto de la responsabilidad jurídica civil regulada en la Constitución de la República y en el Código Civil ecuatoriano, para exigir esta al médico por su proceder dañoso / 57**

4.1 Apuntes preliminares / 57

4.2 Alcance y significado del artículo 54 de la Constitución de la República en sede de responsabilidad civil médica / 63

4.3 El daño y su resarcimiento en el Código Civil / 64

#### **5. Consideraciones finales / 71**

**CONCLUSIONES / 73**

**RECOMENDACIONES / 74**

**BIBLIOGRAFÍA / 75**

## **INTRODUCCIÓN**

La Constitución es la norma más importante de un país regido y organizado por reglas permisivas, prohibitivas y mandatorias, de modo que se considera la Carta fundamental de donde nace la vida normativa y jurídica de los Estados, envuelta en un régimen de derechos y garantías; de allí se desprenden las normas que regulan las diversas y peculiares relaciones entre particulares. Así queda conformado el ordenamiento jurídico interno: la Constitución se complementa con un conjunto de normas que la desarrollan, respondiendo a la necesidad de crear cuerpos legales (leyes, códigos, mandatos, decretos, reglamentos, ordenanzas) que regulen las relaciones jurídicas del entorno social en cuestión.

El Derecho Civil es una de esas ramas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que tiene a su cargo la protección legal de la persona, asegurando el pleno goce y disfrute de los derechos consagrados en la Carta Magna y otras normas complementarias y estableciendo los mecanismos para restablecer cualquier quebrantamiento de dichos beneficios o daño que se ocasione. De esta manera aparece en el ámbito jurídico la institución de la responsabilidad.

La responsabilidad jurídica civil ha sido un tema neurálgico dentro del Derecho Civil, incluso su valor se ha multiplicado en los últimos años, tomando en consideración la prioridad que se le ha dado en el mundo actual a los estudios sobre responsabilidad en ocasión del ejercicio de una carrera específica. Los profesionales son, ante todo, seres humanos y por tanto personas naturales, solo que han alcanzado una calificación determinada por los estudios realizados y los conocimientos adquiridos que, en el orden formal, están avalados mediante la expedición de los títulos correspondientes.

Las propias normas jurídicas en materia civil tienen la consabida encomienda de establecer las conductas que como regla deben observarse por la generalidad de

la comunidad de individuos del Estado, en protección a los demás. Los profesionales de cualquier campo, en ejercicio de su profesión, no quedan exentos del cumplimiento de dichas conductas, exigiendo de ellos un actuar diligente y adecuado a las pautas mínimas de ejercicio de su carrera. Quedan incluidos en este caso los profesionales de la salud.

El ejercicio de cualquier profesión requiere un actuar consecuente con las exigencias mínimas de ella. Desde los tiempos de antaño el ejercicio de la medicina es una de las actividades que goza de mayor reconocimiento social. Todos, en algún momento de nuestras vidas, hemos o tendremos que recurrir a un profesional de la medicina; de hecho al llegar al mundo, las primeras manos que nos acarician son, generalmente, las de un médico. Pero ello no significa que las personas que ejercen esa profesión estén exentas de incurrir en situaciones de las cuales resulte como consecuencia un daño para el paciente, y por consiguiente se desencadene la responsabilidad jurídica civil. El fundamento de la responsabilidad civil médica se halla en la necesidad de que el paciente obtenga un mínimo de protección respecto a la violación que de sus derechos inherentes a la personalidad se origina, por virtud de un proceder médico no ajustado a las pautas mínimas que exige el ejercicio de esta profesión.

Los puntos de vista anteriores constituyen acercamientos primarios al tema y una posición concluyente exigirá, en todo caso, un estudio crítico y reflexivo de la teoría, la doctrina, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia nacional y foránea al respecto. De tal suerte, resulta importante sistematizar e integrar los criterios que desde otras disciplinas son esgrimidos, generalmente, sobre la responsabilidad médica, con otros que solo una visión estrictamente jurídica está en condiciones de argumentar.

En Ecuador, al igual que en el resto de América Latina, los litigios judiciales por responsabilidad profesional médica, farmacéutica e institucional van en franco

aumento, debido a los cambios sociales y las nuevas concepciones jurídicas que se tienen respecto a la actividades de los profesionales de la salud.

Respecto a tales cuestiones surgen disímiles interrogantes, sirvan de ejemplo: ¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador: subjetiva u objetiva; contractual o extracontractual?, ¿Qué clases de daños resultan de un mal proceder médico?, ¿Qué situación presenta la legislación civil ecuatoriana sobre el resarcimiento del daño moral y en qué medida esto ayuda a la exigencia de responsabilidad jurídica civil al médico?, ¿Resulta el artículo 54 de la Constitución y las normas del Código Civil, fundamento legal suficiente para avalar la responsabilidad civil del médico?.

Evacuar estas y otras interrogantes que puedan formularse relativas al tema de esta investigación redundará entonces en solución viable al **problema científico** que a continuación se plantea:

**¿Cuáles son los presupuestos teórico-doctrinales que fundamentan la exigencia de responsabilidad jurídica civil al médico en Ecuador al amparo de la normativa constitucional y civil vigente?**

En consecuencia con ello el objeto de investigación lo constituye la **responsabilidad jurídica civil del médico en el Ecuador**. Para dar respuesta al problema señalado se han trazado los siguientes objetivos:

#### **OBJETIVO GENERAL**

- Valorar, desde la normativa constitucional y civil vigente, los presupuestos teórico-doctrinales que fundamentan la exigencia de responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador.

## OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Caracterizar la responsabilidad jurídica civil del médico desde la doctrina y el Derecho Comparado.
- Sistematizar los fundamentos dogmáticos que a la luz de la normativa Constitucional y Civil ecuatoriana justifican la exigencia de responsabilidad jurídica civil al médico.

Como preguntas científicas, que se constituyen presupuestos fundamentales que requieren ser tenidos en cuenta para la estricta concordancia y lógica entre el problema científico, los objetivos de la investigación y los resultados que se pretenden obtener a partir de ella tenemos:

- ¿Cuáles son los rasgos esenciales que, desde la doctrina y el Derecho comparado, informan la responsabilidad jurídica civil del médico a través de su evolución histórica?
- ¿Qué presupuestos teórico-doctrinales resultan trascendentes para la exigencia de responsabilidad jurídica civil al médico en Ecuador, tomando en consideración la normativa constitucional y civil vigente?

Los métodos empleados en la investigación, cuyo diseño se presenta, son esencialmente cuatro, siendo estos reconocidos por la Metodología de la Investigación Sociojurídica, entre ellos existe un efecto sinérgico que sirve para lograr eficazmente los resultados de este material científico:

- **Método Teórico Jurídico:** permitirá el análisis de variables y categorías jurídicas que exigen ser definidas y explicadas en toda su complejidad, en tanto, serán de constante alusión a lo largo de la investigación. Supone partir de la diversidad de información y criterios consultados, para obtener los principales

fundamentos teóricos de las figuras abordadas y su integración en la investigación.

- **Método de análisis histórico:** se empleará para tratar el comportamiento en el tiempo de las instituciones abordadas, su devenir y las tendencias más modernas al respecto. Persigue enfocar y analizar el tema con una visión histórica, encontrando su génesis y proyectándolo en la actualidad con base en el proceso evolutivo característico de las instituciones jurídicas. Particularmente aportará la evolución histórico doctrinal del instituto de la responsabilidad jurídica civil del médico.
- **Método jurídico comparado:** facilitará el estudio de instituciones, principios y reglas en varios sistemas de Derecho. En este caso concreto se concentrará en el análisis de la responsabilidad jurídica civil médica en las legislaciones de otros Estados de nuestro interés y con ello propiciar una valoración de nuestra legislación al respecto, que la convierta en instrumento cada vez más eficaz.
- **Exegético:** permitirá el análisis de la eficiencia y eficacia de la norma, así como estudiar su calidad gramatical y si se logra lo que con ella se persigue.

La **técnica de investigación** utilizada fue el **análisis de documentos**, en tanto estamos en presencia de una investigación esencialmente teórico-doctrinal que exige, en consonancia con los métodos propuestos, la revisión de las fuentes documentales; lo que implica desde nuestra ciencia analizar materiales y legislaciones que se soportan en documentos actuales e históricos referenciales de gran valor.

En el *íter* de esta investigación se pueden reconocer varias etapas: una primera que comprende la recopilación y levantamiento bibliográfico respecto al tema en cuestión; la segunda que consistió en la confección y revisión del diseño de investigación que ha sido fundamento de ésta por parte de la tutora y por último la redacción del cuerpo de la tesis.

En cuanto a la estructura: el trabajo consta de un primer capítulo eminentemente teórico denominado *De la responsabilidad jurídica civil del médico*. En él se estudia, desde la doctrina y el Derecho comparado, el instituto jurídico objeto de esta investigación. Se reflejan, además, criterios éticos que se tienen en cuenta para el ejercicio de las profesiones, especialmente la medicina. También en este capítulo se distinguen los modos en que los galenos pueden responder civilmente, así como los daños que por ello se originan, fundamentado esto en la jurisprudencia consultada al efecto.

El segundo capítulo se ha denominado: *La responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador: doctrina y Derecho*. En él se analiza la responsabilidad civil del médico en nuestro país desde las disposiciones normativas de la Constitución y el Código Civil ecuatoriano, para verificar si ellas responden a los presupuestos teórico-doctrinales que fundamentan este instituto jurídico.

Consecuentemente con el problema científico planteado y los objetivos que persigue esta investigación, se obtienen los resultados siguientes:

- Un material didáctico de estudio y consulta en el que se exponen de manera diáfana, los presupuestos teórico-doctrinales que amparan la exigencia de responsabilidad jurídica civil al médico en Ecuador. Se incluyen criterios teórico-doctrinales nacionales y extranjeros, estudios de Derecho Comparado, reflexiones sobre las limitaciones de orden legal de las que adolece el ordenamiento civil ecuatoriano actual en sede de este instituto jurídico, así como análisis jurídicos aportados por los autores, con la pretensión de que puedan ser observados por profesionales, estudiantes del Derecho, y aquellas personas interesadas en el tema de investigación.

# CAPÍTULO I: De la responsabilidad jurídica civil del médico.

## 1. La responsabilidad jurídica civil del médico.

Abordar ciertas cuestiones vinculadas a la profesión médica obliga a recurrir, ineludiblemente, a los Consejos de Esculapio<sup>2</sup>. Por esta consulta, siempre obligada, es que a tales lineamientos se consideran el antecedente más remoto relativo a establecer pautas en los comportamientos médicos con sus colegas, pacientes y sociedad en general; así como al otorgar valor a la profesión, implicaciones y trascendencia de la impericia en el ejercicio de la medicina, entre otras.

Para comprobar e ilustrar lo que *supra* se ha dicho, vale detenerse en fragmentos de la respuesta que formula Esculapio para la interrogante por él mismo planteada: *¿Quieres ser médico, hijo mío?*,

*Aspiración es ésta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. ¿Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyenta de ellos el espanto? ¿Has pensado bien en lo que ha de ser tu vida?*

*No cuentes con que este oficio te haga rico. Te lo he dicho: es un sacerdocio y no sería decente que produjera ganancias (õ )*

*Piénsalo bien mientras estás a tiempo. Pero sí, indiferente a la ingratitud; si sabiendo que te verás solo entre las fieras humanas, tienes un alma lo bastante estoica para satisfacerte con el deber cumplido sin ilusiones; si te juzgas pagado lo bastante con la dicha de una madre, con una cara que sonrío porque ya no padece, con la faz de un moribundo a quien ocultas la llegada de la muerte; si*

---

<sup>2</sup>Consejos de Esculapio. Vid. DOBLER LÓPEZ, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio médico*, Editorial El Manual Moderno, México, 1999, pp. 74 . 77.

*ansias conocer al hombre, penetrar todo lo trágico de su destino, entonces hazte médico hijo mío.+*

Las reflexiones anteriores exhiben una mezcla de arte y conocimiento que realza su valor histórico y axiológico, contribuyendo en gran medida a esclarecer las ideas que se expondrán en el presente trabajo sobre la responsabilidad jurídica civil del médico. De manera que no serán nuestros análisis, estudios frívolos que despojen al quehacer de los galenos de todo carácter humanista. No obstante, esa misma dimensión no justifica la admisión de aquellas conductas médicas que derivan en daños para el paciente por el mero hecho de ser una profesión que es practicada por el ser imperfecto que es el hombre

Un acercamiento apriorístico al tema de la responsabilidad jurídica civil del médico impone la definición y distinción de conceptos, categorías e instituciones de las que el Derecho no puede desentenderse. Al respecto, podría en primer orden derivarse una interrogante que tributa a una visión holística del referido tema.

### **1.1. Responsabilidad profesional, responsabilidad jurídica y responsabilidad médica: ¿términos adversos o complementarios?**

Responsabilidad proviene de la voz latina *respondere*, que significa prometer, merecer, pagar. Por su parte el vocablo *responsum* (responsable), alude al obligado a responder de algo o de alguien.<sup>3</sup> De aquí se colige que la responsabilidad es ante todo un deber que puede tener una repercusión exclusivamente social y en ciertos casos trascender al plano jurídico. En consonancia con ello, el diccionario LAROUSSE de la lengua española, en su segunda acepción consigna que debe ser entendida como la obligación legal o

---

<sup>3</sup> DOBLER LÓPEZ, Irving F., *La responsabilidad...*, cit., p. XV.

moral que se tiene a consecuencia de haber o haberse cometido una falta<sup>4</sup>. El desenvolvimiento de los hombres en sociedad es consustancial a la exigencia de responsabilidad por aquellos actos suyos, ya sean dolosos o culposos, de los que resulten consecuencias dañosas.

Moral y Derecho son un par dialéctico que encuentra aplicación en sede de responsabilidad médica. Así, en el caso de los médicos hallamos de un lado la responsabilidad con un fuerte carácter ético y de otro la responsabilidad jurídica derivada esta de la contravención de normas del Estado para regular las relaciones en la sociedad que conduce.

La responsabilidad ética y moral del médico es la obligación que existe en todo profesional de la salud de responder por el incumplimiento de las disposiciones que consagran los diversos códigos de ética<sup>5</sup> y los dictados de su conciencia. Estas normas, si bien son obligatorias en la subjetividad de cada quien, no deben dejar de observarse. A criterio de MOSSET ITURRASPE, (6) la moral es la columna vertebral de toda actividad humana. Ella le da su razón de ser, su sentido y su temple, es el punto de apoyo de todo obrar, que sirve para reafirmar nuestro yo,

---

<sup>4</sup> El pequeño LAROUSSE Ilustrado 2008, Diccionario Enciclopédico, Decimocuarta edición, Ediciones Larousse S.A. de C.V, 2008, p 883.

<sup>5</sup> Sobre el particular, el Juramento Hipocrático, erigido mundialmente como Código de ética de los médicos expone en uno de sus fragmentos:

(...) **Y ME SERVIRÉ**, según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar.

**Y NO DARÉ** ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente. (6)

Ilustra igual carácter ético La Oración del Médico, dada a conocer en Francia en la Conferencia de Laenec. En este pedido a Dios aquellos médicos devotos de la fe a Jesucristo imploran en uno de sus fragmentos lo siguiente:

(...) Concédeme la gracia que, cuando examine y recete a mis enfermos, ninguna idea ni preocupación distraiga mi mente para que mi diagnóstico y terapéutica no tengan error y con tu ayuda pueda devolver la salud a mis pacientes y conservarles la vida si tus altos designios no determinan lo contrario; porque cuando tu decretas el fin, la ciencia y todo afán son inútiles (...)

(o), integra todas las responsabilidades del hombre; de ella nacen las demás, en ella se encuentra su orientación y es en definitiva la que las valoriza.<sup>6</sup>

La responsabilidad jurídica como categoría general se subdivide en: laboral, administrativa, civil y penal. En dependencia del sistema normativo quebrantado se configuran diferentes respuestas jurídicas que pueden ser sanciones administrativas o laborales, reparación de daños e indemnización de perjuicios, multas, privación de libertad, etcétera.

La responsabilidad jurídica médica presupone que la conducta que acarrea la responsabilidad es atribuible, no a un comportamiento humano común y general, sino a un profesional, en este caso de la ciencia médica. La figura aparece desde los años 2392 A. de J.C., cuando en el *Código de Hamurabi* se dedicaban al menos 9 artículos de los 282 de que constaba, a las faltas y castigos para los médicos.<sup>7</sup> Este mismo cuerpo jurídico de la antigüedad nos presenta el concepto más primitivo de contrato o pacto entre médico y enfermo, donde se plantea que a cambio de la prestación del servicio de uno, el otro quedaba obligado a pagar en monedas o especies.

El Derecho Romano, como paladín del sistema de derecho romano francés al que pertenece Ecuador, recogió en el Digesto de *Ulpiano*<sup>8</sup> y en la *Lex Aquilia* antecedentes de la responsabilidad médica según el carácter que esta adoptase. También en *Las Partidas* de Alfonso el Sabio se dice que, “**el médico es**

<sup>6</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico. Seguros y responsabilidad civil*, 1ª Reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1985, p. 45.

<sup>7</sup> Entre otros preceptos, establecía: ***¡Si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo, se le deberán cortar las manos!***. Vid. *Formación en responsabilidad profesional en* <http://www.aeds.org/responsa1.htm>. Consultada el 10 de mayo de 2009.

<sup>8</sup> Así como no se debe imputar al médico el evento de la muerte, se le debe imputar lo que ha cometido por impericia. + (*sicut medico imputari eventus mortalitalis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet*). Vid., MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, cit., p. 65.

***responsable si por su culpa o su menguado saber, errase en la cura de algún enfermo.***<sup>9</sup>

El Derecho Romano establecía la culpabilidad del médico atendiendo a los resultados obtenidos de modo que, aun ante un buen proceder, si los resultados eran negativos debido a alguna suerte de negligencia, igual procedía la exigencia de responsabilidad. En el Fuero Juzgo la condena podía quedar a disposición de los familiares del perjudicado, quienes recibían en ocasiones al médico para que hiciesen justicia. Por su parte el *Código de Hamurabi* diferenciaba la responsabilidad civil de la penal; así los fallos no dolosos ni graves podían sancionarse con penas económicas o indemnizaciones a los perjudicados por los médicos y los fallos con resultados graves, podían ocasionar al médico la pérdida de una o ambas manos si era cirujano, para evitar que siguiese operando.

Según GARCÍA MARTÍNEZ<sup>10</sup>, existe responsabilidad médica cuando el médico en el ejercicio de su profesión, sin el propósito, causa de hecho daño a un enfermo. El referido investigador es del criterio que la responsabilidad civil se origina cuando se han causado daños físicos y perjuicios morales o económicos, quedando el médico sujeto a pagar indemnización reparadora del daño que ha ocasionado.

A juicio nuestro no son adversos ni contradictorios los conceptos abordados y si complementarios, ya que toda definición que de ellos intente ofrecerse parte de la consideración que desde el Derecho recibe el modo de actuación de los médicos desajustado a las reglas establecidas para el ejercicio de su profesión, siempre que ellos estén permeados por alguna forma de culpabilidad.

---

<sup>9</sup> *Idem.* p.71.

<sup>10</sup> Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, Samuel, *Error y Negligencia Médica (Estudio Socio-Jurídico)*. (Consultado en archivo personal del Dr. Reinerio Rodríguez Corría, Vicedecano de Investigación y Postgrado en la Universidad de Las Villas y Profesor principal de Derecho Civil. Parte General).

## 1.2. Fundamentos y características de la responsabilidad jurídica civil del médico.

El diccionario jurídico elemental de CABANELLAS DE LA TORRE define la responsabilidad jurídica civil como *la obligación económicojurídica: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello.*<sup>11</sup> Por su parte, el diccionario LAROUSSE de la lengua española plantea que la responsabilidad jurídica civil es la *obligación de reparar los daños y perjuicios causados a alguien por el incumplimiento de un contrato, o una acción perjudicial cometida por uno mismo, por una persona que depende de otra o por algo que se tiene bajo custodia.*<sup>12</sup>

Significa entonces, que el médico vendrá obligado a reparar los daños e indemnizar los perjuicios que origine su mal proceder, sin que ello contradiga la nobleza y dignidad de su profesión, razón que sustentó que durante algún tiempo, a comienzos del S. XIX, la Academia de la Medicina de París sostuviera su proclama de 1829 de solo exigir responsabilidad moral por la malpraxis médica.

El fundamento general y primario de todo lo asociado a la responsabilidad médica se halla en los preceptos constitucionales relativos al derecho a la salud como derecho fundamental de índole social o de los reconocidos de segunda generación. Los textos constitucionales iberoamericanos recogen, en su mayoría, el derecho a la salud como servicio esencial, público o privado, que los Estados deben garantizar, estableciendo siempre los mecanismos y modos para hacerlo efectivo; disponiendo la aprobación de leyes de desarrollo que declaren las formas o vías de control en cuanto a la prestación del servicio.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Vid. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina, 2008, p. 385.

<sup>12</sup> El pequeño Larousse Ilustrado 2008, cit., p 883.

<sup>13</sup> **Artículo 42 de la Constitución argentina:** *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato*

...bilidad  
...ancia con los textos constitucionales, son una  
... las normas tocantes a la responsabilidad civil en  
sentido genérico, siendo base para el análisis de esta cuando se le exija a un  
sujeto de derecho de especiales características, en el caso concreto: el médico.

En la actualidad, como en la antigüedad, el médico puede incurrir en faltas que lo  
coloquen en situación de responder civilmente, sin que esto vaya en perjuicio de la

---

*equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. +*

**Artículo 49 de la Constitución Política de Colombia:** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud de los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la Ley.*

*Los servicios de salud se organizan en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*

*La Ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber integral de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.+*

**Artículo 50 de la Constitución cubana:**

*Todos tienen derecho a que se atienda y proteja su salud. El Estado garantiza este derecho:  
- con la prestación de la asistencia médica y hospitalaria gratuita, mediante la red de instalaciones de servicio médico rural, de los policlínicos, hospitales, centros profilácticos y de tratamiento especializado;*

*-con la prestación de asistencia estomatológica gratuita;*

*-con el desarrollo de los planes de divulgación sanitaria y de educación para la salud, exámenes médicos periódicos, vacunación general y otras medidas preventivas de las enfermedades. En estos planes y actividades coopera toda la población a través de las organizaciones de masas y sociales.+*

**Artículo 32 de la Constitución ecuatoriana:**

*La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.*

**Artículo 43, Constitución española:**

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

*Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.¶*

profesión y sus profesionales se tiene. Se trata de para cuando desde el plano moral el médico se aparta del milenarismo juramento hipocrático y se trastoca su actuar en un daño físico al paciente, que puede tener o no repercusiones patrimoniales. La responsabilidad jurídica civil es además una obligación que puede exigirse a partir de la comisión de un delito y por tanto no excluye la responsabilidad penal, la que se origina, a su vez, de una conducta socialmente peligrosa que ha sido prevista y sancionada por la ley. No son los galenos seres divinos, sino personas con la condición adicional de profesionales de la salud, que si no desempeñan su trabajo ajustado a las exigencias de **la lex artis ad hoc**, originan situaciones dañosas.

Aparece entonces un nuevo término que esclarecer y tiene que ver con lo que se entiende por el actuar de un médico ajustado a la **lex artis ad hoc**. El ejercicio de la medicina, a juicio de los antiguos eruditos de esta ciencia, constituye un arte. Así como el pintor es un artista y para su trabajo emplea un conjunto de reglas propias que le permiten obtener el resultado querido, ajustándose a pautas que constituyen el criterio estándar que existe entre sus colegas; el médico actúa según normas preestablecidas.

El ejercicio de la medicina exige una conducta ajustada al saber científico y a reglas medias prefijadas como son: las condiciones del paciente, reacción a los medicamentos, equipos de trabajo, entre otros. Lo cierto es que la medicina es una ciencia de medios, por lo que el médico está obligado a emplear todas las herramientas a su alcance y toda su pericia profesional en el cuidado de la salud<sup>14</sup>del enfermo.

La jurisprudencia española se ha pronunciado por la aplicación a los médicos de la **lex artis** y la tipificación de esta en el supuesto concreto llamada **lex artis ad hoc**, en tanto es la norma de conducta que exige el buen comportamiento profesional.

---

<sup>14</sup>La Organización Mundial de la Salud en su Carta Magna o Carta Constitucional en 1946 de fine que: *La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*+ Vid., DÍAZ LÓPEZ, Aliani, *El Perfeccionamiento del Título XIII de la Ley de Medio Ambiente*, p. 3 (Tesis en opción del Título de Lic. Derecho, julio 2002), Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

emo español, de 21 de marzo de 1991, expone *ad hoc* aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. A su vez, otra sentencia emanada del mencionado órgano judicial, de 29 de junio de 1990, establece que: *la actuación de los médicos debe regirse por la denominada **lex artis ad hoc**; es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional.*<sup>15</sup>

BRINES TARRASÓ, en sentencia emanada del Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 de marzo de 2001 expresa: *Podemos definir la **lex artis ad hoc**, no como el conjunto de criterios universales de actuaciones en una determinada profesión, sino de los particulares, de lo que puede y debe considerarse correcto en una actuación concreta. La medicina no puede ejercerse de igual modo en todas partes y en cualquier circunstancia, y por tanto, los criterios de actuación varían de una a otra situación; por ello, a través de la **lex artis** se realiza una valoración de la adecuación o no de una conducta a los métodos o técnicas de la profesión médica, de acuerdo con los baremos establecidos para valorar los actos médicos, y de cuya apreciación resultará la existencia o inexistencia de responsabilidad o su agravación o templanza.*<sup>16</sup>

Todas las definiciones ofrecidas *supra* son claras y coincidentes en que el elemento que marca el criterio antes mencionado es, que el médico debe ajustarse en su actuar profesional a un conjunto de normas establecidas en el plano científico constituyendo estándares establecidos entre el saber médico, y su

<sup>15</sup>Vid. Comentarios de sentencias sobre **lex artis ad hoc**, en página web: [http://www2.uhu.es/elena\\_lópez/foro6/disc1/0000040.htm](http://www2.uhu.es/elena_lópez/foro6/disc1/0000040.htm), Consultada el 16 de julio de 2009.

<sup>16</sup>Vid. Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia No. 55 de Madrid en fecha 23 Marzo de 2001. <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc>, Consultada el 16 mayo de 2009.

responsabilidad jurídica civil, en la medida en que se aprecie la negligencia. La **lex artis ad hoc** es indispensable al juez para valorar la magnitud de la falta cometida y así establecer la medida de la responsabilidad, en relación a otros criterios estrictamente jurídicos que se abordarán más adelante.

### 1.2.1. Formas de la culpa médica.

El Derecho Romano concibió entre las varias causas de incumplimiento total o parcial de las obligaciones, la culpa<sup>17</sup> y el dolo<sup>18</sup>. Estos conceptos trascienden para diferenciar los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva<sup>19</sup>, que posteriormente se analizarán.

La actuación médica que se perfecciona con negligencia<sup>20</sup>, imprudencia<sup>21</sup>, impericia<sup>22</sup> o inobservancia de los Reglamentos tipifica lo que se ha dado en llamar *malpraxis*; que no es sino la falta médica que lleva en sí misma una

<sup>17</sup> Se definió la culpa en el Derecho Romano como, la falta de diligencia necesaria, imputable al deudor, y que provoca el incumplimiento de la obligación. Se distinguió, además entre culpa lata o grave y culpa leve, y esta última a su vez en culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto. Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio CARRERAS CUEVAS y Rosa María YÁÑEZ GARCÍA, *Manual de Derecho Romano*, Empresa Especialidades Gráficas, La Habana, 2002, p.146.

<sup>18</sup> El dolo consiste en una actitud consciente, nociva e intencional dirigida a causar daño al otro contratante, son maquinaciones, astucias o engaños que tienden a dejar de cumplir la obligación o a defraudar de alguna forma al otro contratante. Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J D. CARRERAS CUEVAS y R M. YÁÑEZ GARCÍA, *Manual* , *cit.*, p. 146.

<sup>19</sup> Vid. *infra* 1.2.2.2.

<sup>20</sup> Es una modalidad de la conducta culposa, en el caso que nos ocupa sería un actuar omisivo del médico. En el comportamiento que se despliega por el sujeto no existe voluntad de causar daño, pero sí una falta de precaución. Hay negligencia por ejemplo, en los casos en que no se agotan las posibilidades explorativas que puede realizar el médico sobre el paciente.

<sup>21</sup> Es una forma de obrar que no toma en cuenta las precauciones del caso concreto. Consiste en una conducta positiva, comisiva, al realizarse un hecho que no debió asumirse por la posibilidad de producir un daño o peligro. Desde el punto de vista jurídico se puede definir como la punible e inexcusable acción cometida con el olvido de las precauciones que la común prudencia exige.

<sup>22</sup> Es una modalidad de la culpa que se ajusta al campo profesional. Se entiende como la capacidad defectuosa en relación con alguna profesión. Habría de provocarse un daño al paciente por falta de sabiduría en el proceder profesional, de habilidad en la conducción de las conductas típicas de la esfera que se trata y hasta de experiencia en el desempeño de su trabajo.

responsabilidad  
Cuando media alguna de las formas de imprudencia  
objetivo es la culpa.<sup>23</sup>

Al amparo de tales supuestos, el tribunal analizará la presencia o no de *malpraxis*, para declarar condenable, desde la norma civil, una conducta médica que ocasione daños al paciente atendido. La ciencia médica, como otras, admite errores, sería entonces conveniente definir en este momento el error médico, pues este no siempre configura un supuesto de responsabilidad civil.

Desde el Derecho Civil el error es considerado como una falsa apreciación de la realidad, que afecta la formación interna de lo que se quiere, este inexacto conocimiento se produce espontáneamente, o sea, no es provocado por otra persona<sup>24</sup>. En el mundo de la medicina, que depende de condiciones objetivas y subjetivas (reacción del paciente al tratamiento, análisis del actuar médico de tipo profiláctico, diagnóstico que no se aviene con el verdadero problema de salud del paciente) para el desempeño de la profesión y en el que evidentemente no interviene ninguna de las formas de culpabilidad expuestas, significa tipificar entonces supuestos de error médico<sup>25</sup>.

En estos casos se aprecia una distinción trascendente entre el concepto de error y la certera ignorancia. Esta última implica tener un conocimiento imperfecto de la realidad que se trata y por tanto estaremos ante lo que hemos considerado como impericia.

<sup>23</sup> Vid. SANTANA SANTANA, Liyanis Y Anna BENÍTEZ RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Médica* (Tesis en opción al grado de Lic. Derecho), junio 2002, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, p. 39.

<sup>24</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, C del C., *et al.*, *Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 222.

<sup>25</sup> Para definir el error médico sería oportuno destacar la definición de CATTANEO de error profesional, quien expresa que será el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, pero no necesariamente culposo. No es que haya error profesional cada vez que no se obtenga el resultado último, ya que puede ser que el fracaso se verifique por otros motivos. El error se da cuando la conducta no resulta objetivamente idónea para el caso concreto, aun cuando el profesional haya actuado diligentemente. Si, después de conocido el fracaso, se descubre que la conducta tenía que haber sido diferente, nada podrá reprocharse al profesional. El comportamiento fue técnicamente equivocado, pero solo si es culposo será generador de responsabilidad. No todo error profesional es causa de responsabilidad, sino solo aquel que es efecto de imprudencia o patente ignorancia. Vid. IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil de los profesionales: una selección de aspectos problemáticos*. Consultada el 16 de julio de 2009 en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon7.pdf>

### 1.2.2.1 Responsabilidad contractual y extracontractual.

Del concepto de responsabilidad jurídica civil se desprende que la obligación que contiene la reparación de daños e indemnización de los perjuicios a la víctima, puede resultar del incumplimiento de un acto o negocio jurídico con el obligado o de otra forma, no existirá vínculo previo que les haya unido, sino solo en el momento de producirse el acto dañoso.

Las máximas romanísticas: "*Alterum non laedere, Honestamente vivere, Suum cuique tribuere*", que convocan a no dañar a otros, vivir honestamente y dar a cada cual lo que le corresponda, se erigen como fundamento necesario de la convivencia en la sociedad, y de los supuestos de responsabilidad civil a que los hombres se constriñen tanto, contractual como extracontractualmente.

La responsabilidad contractual supone un vínculo *iuris* entre el autor del daño y la víctima, vínculo que es generalmente, pero no de forma obligatoria, un contrato, de lo que se deriva su denominación. La obligación pactada entre los sujetos no se cumple o se cumple defectuosamente sin que quede satisfecho el interés del acreedor, y surge entonces la responsabilidad. En este caso el deber de indemnizar se deriva de otro deber original, el de cumplir lo que se ha infringido.<sup>26</sup>

El análisis del carácter de la relación médico-paciente está llamado a ser indispensable para determinar la contractualidad, o no, de la responsabilidad jurídica civil que se le exige al médico. En la contemporaneidad los servicios médicos se derivan de un contrato cuya naturaleza jurídica no se ha logrado definir unánimemente por la doctrina. Las posiciones oscilan alrededor de asimilar el acto médico a un contrato de mandato y en otras ocasiones a un contrato de prestación de servicios, en este caso servicios profesionales, dicho contrato se ha dado en llamar contrato de asistencia médica.

<sup>26</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, C del C., *Derecho Civil*, cit., p. 250.

diferencias entre la responsabilidad jurídica civil  
jurídica civil extracontractual, en tanto ello trae  
importantes implicaciones que requieren ser tenidas en cuenta.

La responsabilidad jurídica extracontractual<sup>27</sup> o aquiliana, que tiene sus orígenes en la *Lex Aquilia* que en el Derecho Romano consagró la responsabilidad proveniente de la violación del principio *alterum nom laedere*, es resultado de un daño causado a una persona con la que no existe vínculo jurídico previo, sino solo el deber general de no causar daño a los demás. Llevado al tema que nos ocupa, esta se origina cuando el servicio médico no se presta derivado de un contrato, generalmente cuando se recibe del Estado como un servicio público más, o incluso derivado de supuestos de urgencias médicas, en los que siendo la aludida relación de origen contractual, la premura con que la situación se presenta no permite la formalización de vínculo alguno.

Para establecer la relación entre la responsabilidad extracontractual y contractual la doctrina ha elaborado varias teorías.<sup>28</sup> Dentro de ellas se erige como la más aceptada la teoría intermedia. Dicha teoría plantea que las diferencias entre ambas modalidades de responsabilidad son solo externas y no de fondo. A la sazón vale señalar que en la generalidad de las legislaciones persisten algunas diferencias, aunque se ha avanzado en esquemas unificadores. Todavía, por ejemplo en el caso de España, los términos de prescripción<sup>29</sup> para una y otra son diferentes; en la primera la carga de la prueba incumbe al demandado y en la segunda a la víctima.

Para el caso de la responsabilidad civil actuaría una inversión de la carga de la prueba, si el daño causado resulta desproporcionado se presume que este es fruto de un actuar negligente, le corresponde entonces al profesional demostrar que actuó con la máxima diligencia. La jurisprudencia española refleja esta teoría del

<sup>27</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, C del C., *Derecho Civilõ*, cit., p. 250.

<sup>28</sup> Teorías dualistas, teorías monistas y teorías intermedias. Al respecto, Vid. VALDÉS DÍAZ, C., *Derecho Civilõ*, cit., pp. 250-252.

<sup>29</sup> Vid. Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 Marzo de 2001, <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc>. Consultada el 16 de mayo de 2009.

...ilidad  
... través de sentencia de la Sala 1ª del Tribunal  
... dictada por el juez O'Callaghan Muñoz.<sup>30</sup>

El contenido de la responsabilidad contractual incluye: cumplimiento específico de la obligación, rectificación del cumplimiento defectuoso, reparación de los daños e indemnización de los perjuicios.<sup>31</sup> Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, siguiendo el criterio de PUIG FERRIOL<sup>32</sup>, los presupuestos que se exigen son:

- Comportamiento o conducta.
- Que dicho comportamiento provoque un daño.
- Que entre ambos exista un nexo causal.

<sup>30</sup> (6) Lo que debe ser calificada jurídicamente es la actuación y partiendo de que la obligación contractual o el deber de *neminem laedere* del médico es de actividad y no de resultado, ver si éste corresponde a la normal actuación o bien, se ha producido un resultado desproporcionado del que deriva la presencia de la responsabilidad contractual o extracontractual. Tal como han expresado las SS 29 Jun. 1999, 29 Nov. 2002 y 31 Ene. 2003, entre otras, «la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (aparición de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto».

(õ) En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un *factum* sino una *quaestio iuris* revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni por qué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada.

En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una aparición de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*).+ Cit. pos PILLO ALONSO, José A., La responsabilidad civil extracontractual del profesional de la salud en el ejercicio de la medicina en Cuba+, Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, en formato Word, pp. 126-127 (examinada en archivo personal del autor).

<sup>31</sup> Vid. OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código Civil Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana 2001, p. 72.

<sup>32</sup> Vid. PUIG FERRIOL, Lluís et al., *Manual de Derecho Civil*, t-II, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 456.

responsabilidad subjetiva que intervenga, como  
e la responsabilidad, la culpa.

Ya que se han señalado se impone un breve comentario de tales presupuestos en el campo de la responsabilidad jurídica civil extracontractual del médico. Primero, será necesario que el médico despliegue alguna conducta positiva, negativa o de abstención sobre el paciente. Luego, de lo anterior debe derivarse un daño para el paciente, pero nótese que este daño tiene que ser efecto obligado del actuar del profesional de la salud, erigiéndose su actuación en causa de él.

Siguiendo con la corriente de pensamiento del referido autor español, esencialmente en relación con el tercero de los requisitos enunciados, son dadas a la duda las siguientes cuestiones: ¿cuándo un resultado dañoso es imputable a un sujeto?, ¿cuál o cuáles de los antecedentes han de considerarse como causa relevante jurídicamente? Para dar respuesta a tales interrogantes se ha formulado la doctrina dos teorías esenciales: la de equivalencia de las condiciones y la de adecuación de la causalidad adecuada. La primera supone conferir igual influencia a todos los antecedentes, considerando causa a todo comportamiento que de no haber ocurrido habría implicado la no producción del daño. La segunda selecciona como causa solamente aquel o aquellos de los antecedentes que normalmente traigan consigo un daño de especie considerada.

También es criterio de PUIG FERRIOL, que la teoría de la adecuación es con razón un criterio de imputación posible: partiendo de la consideración de una conducta como causa, el resultado dañoso se imputará a ella si normalmente acarrea este tipo de daño, quedando excluida la atribución cuando la producción del daño hubiera sido considerada como altamente improbable por un observador experimentado.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> *Idem.*

MONTERROSO CASADO<sup>34</sup>, en su comentario a la sentencia  
de 23 de septiembre de 1988, expone que las

consideraciones del Tribunal Supremo parten de que la relación de causalidad, como elemento o requisito de la responsabilidad civil, supone una necesaria concatenación de hechos precedentes básicos para la producción del resultado resarcible y de la existencia de una conducta de suficiente envergadura que pueda considerarse desencadenante de aquel resultado, surge así lo que la doctrina llama "causa eficiente" reconocida y declarada; en virtud de la cual no es preciso que el daño sea consecuencia directa de la causa, sino que es suficiente con que ella fuera necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende.

Para intentar esclarecer la relación que debe existir entre los actos del médico y el daño que se causa al paciente, como presupuesto para que surja la responsabilidad, proponemos las siguientes ideas. Revisemos la concepción dialéctico-materialista del nexo causal que utiliza el profesor cubano QUIRÓS PÍREZ<sup>35</sup> para explicar en Derecho Penal que la relación causal consiste en el vínculo objetivo entre dos fenómenos, uno de los cuales (la causa) engendra otro (el efecto), bajo determinadas condiciones.<sup>36</sup> Sería conveniente que nuestra ciencia se retroalimiente del Penal para que el juez civil tome en cuenta esta posición para cuando deba decidir sobre una situación semejante a la que se describe; teniendo siempre en cuenta que ningún análisis debe ser apartado de las circunstancias reales en que se presenta el hecho<sup>37</sup>

Lo anterior demuestra entonces que, al valorar la relación causa-efecto es imprescindible referirse al entorno en el que se ha producido el acto que ha acarreado el daño de que se trate. Esta exigencia se refiere al conjunto de

<sup>34</sup> Vid. MONTERROSO CASADO, Esther, *Diligencia Médica y Responsabilidad Civil*, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF> (artículo consultado en PDF, el 5 de abril de 2009, p. 3).

<sup>35</sup> QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana 2005, pp. 252-272.

<sup>36</sup> *Idem.* p. 260.

<sup>37</sup> Sirva de ejemplo que los vínculos causales, cuando se trata de acciones en las que intervenga la voluntad del hombre resulta harto complicado su determinación. Cfr. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual cit.*, p. 263.

...noma no pueden engendrar de modo directo el  
...as causas en el espacio y en el tiempo, o influir  
sobre ellas, aseguran un determinado desarrollo necesario para la producción de  
aquel<sup>38</sup>.

Es importante entonces, para determinar la relación de causalidad a la que  
estamos aludiendo en el caso del proceder médico, volver sobre los criterios que  
apoyan el ejercicio de la medicina desde la **lex artis ad hoc**, valorar factores  
subjetivos y objetivos que inciden en el caso concreto y, por supuesto, en materia  
de responsabilidad civil médica de carácter extracontractual, la culpa constituye  
un elemento *sine qua nom* para exigir esta.

Otro elemento a analizar sería cuando la víctima del daño pueda erigirse  
concausa, es decir, aparece la concurrencia de culpas. El paciente participa en la  
creación de las circunstancias desencadenantes del daño o agrava el ya  
acontecido. En este caso se exigirá del juez cuidado, habilidad y astucia para  
determinar esta cuestión, que sin lugar a dudas, atenuará la responsabilidad que  
al médico se le exija.

La responsabilidad jurídica civil extracontractual incluye la tradicional división de  
responsabilidad por hechos propios y responsabilidad por hechos ajenos. De la  
denominación de la primera se desprende que resulta exigible al propio sujeto  
comisor del daño, quien por su actuar positivo o negativo lo ha provocado. La  
segunda, le es atribuible a un sujeto que no es el que produce el daño  
directamente, sino que tiene una relación determinada con su verdadero  
causante. Para fundamentar esta modalidad de responsabilidad, varias son las  
razones que la doctrina<sup>39</sup> ha buscado, surgiendo de ella diversos matices que han  
sido llevados a la generalidad de los códigos civiles.

En relación con la responsabilidad civil del médico de tipo extracontractual debe  
decirse que esta se configura en la modalidad por hechos propios, pues no tiene

---

<sup>38</sup> *Idem.* p. 269.

<sup>39</sup> *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ, N. de la C. y T. DELGADO VERGARA, *Teoría general de las ñ cit*, p. 80-81.

por hechos ajenos. Téngase en cuenta que será de sus acciones sobre el paciente, que aquel cuenta además con los conocimientos propios de su profesión y que ninguna causa física o mental afecta su inteligencia y por ende no se limita su capacidad de obrar. Puede suceder, por otra parte, que el médico extenuado por la jornada laboral, por una intervención de gran duración o cualquier otra actividad profesional agotadora, pueda en un momento dado encontrarse con una disminución de su capacidad profesional y ello requeriría un análisis diferente si llegara a originar responsabilidad civil.

Razonamiento distinto admite la responsabilidad que se constituye del acto realizado por un *team* médico, cosa común en nuestros días por las ventajas que reporta desde el punto de vista científico y que redundan en beneficio del paciente. Aún en esta posición el médico sigue manteniendo responsabilidad por hechos propios y siempre que pueda identificarse la causa efectiva que trajo consigo el efecto dañoso no habrá grandes contratiempos para esclarecer quién debe asumir la responsabilidad.

No obstante, en todas las ocasiones este equipo médico tiene un jefe o coordinador de las actuaciones, incluso pueden producirse intervenciones médicas en serie. Cuando, en ocasión de la realización del acto médico colectivo, no se pueda determinar con claridad qué comportamiento provocó el daño, a nuestro juicio deben considerarse los elementos doctrinales diferenciadores de la responsabilidad contractual y extracontractual; donde en la primera, si hay pluralidad de responsables se atiende a la mancomunidad y en la segunda la ley establece la regla de la solidaridad, no dejando de apreciar, que indudablemente en ella debe concurrir la culpa como criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad civil médica.

### **1.2.2.2 Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.**

En cualquiera de las dos modalidades de la responsabilidad, contractual o extracontractual, el deber de indemnizar puede verse matizado por la

la culpa. Desde la teoría espiritualista o subjetiva o culpa para exigir responsabilidad, esto es, el autor del daño debe haber tenido intención o voluntad de dañar, negligencia o falta de diligencia necesaria.<sup>40</sup> Este criterio en cuestión primó y nos llegó desde el Derecho Romano. Aquí el *onus probandi* recae sobre la víctima o perjudicado, quien está obligado a probar que el daño se derivó de un hecho culposo, cuestión que en sede de responsabilidad jurídica civil del médico cobra vital importancia.

La tendencia actual de objetivar la responsabilidad es consecuencia del desarrollo industrial que ha experimentado y experimenta el mundo. Entonces, mediante la teoría objetiva o del riesgo,<sup>41</sup> es suficiente que exista una conducta provocadora del daño sin que sea necesaria la intencionalidad o culpabilidad. Como se ha expuesto *supra*, la medicina es una ciencia que admite errores, pero ello no puede constituir una razón que lleve a afirmar que pueda llegar a ser una actividad que genera riesgos, pues entonces, se sembraría el temor y la desconfianza en los destinatarios del servicio y ninguna persona se inclinaría por ser médico, ya que se hallaría en una completa incertidumbre cuando al originarse daños por su proceder, aún diligente, se vería obligado a indemnizar.

### 1.3. Clases de daños y su resarcimiento

Por daño podemos entender todo menoscabo o lesión de que es objeto la víctima y, en consecuencia, su situación posterior a la existencia de este, resulta diferente a la que poseyera de no haberse producido tal<sup>42</sup>. El daño admite dos clasificaciones: daño moral y daño patrimonial. Para DÍAZ PAIRÓ<sup>43</sup>, daño material será la diferencia entre el patrimonio de la víctima antes del hecho ilícito y después de él. Para este autor la nota distintiva en este modo del daño será de naturaleza estrictamente patrimonial, pues como es lógico todo daño ocasiona

<sup>40</sup> Vid. VALDÉS DÍAZ, C., *Derecho Civil...*, cit., p. 254.

<sup>41</sup> *Idem.* p. 255.

<sup>42</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, ALIANI, *La Responsabilidad jurídica civil del Médico en Cuba: presupuestos teórico-doctrinales* (Tesis en opción al grado Especialista en Derecho Civil), noviembre 2008, Archivo Personal p. 24.

<sup>43</sup> Vid. DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, volumen-II, Publicaciones y materiales educativos, México, DF, 1997, p. 61.

de lo sufre, pero en este caso ella será de índole moral, tal como a que se refiere, es el daño moral, tal puede tener incidencia patrimonial o puramente moral, solo engendra dolor o sufrimiento físico o psíquico, pero no encuentra expresión además, en el patrimonio de la persona.

En la doctrina moderna esta última posición se halla superada por varias disquisiciones que la teoría y la jurisprudencia de diferentes latitudes han esgrimido al respecto, más aún cuando de daño moral<sup>44</sup> se trata. Siguiendo la línea de pensamiento de RODRÍGUEZ CORRÍA, quien a su vez sigue la tesis de GARCÍA LÓPEZ, al referir este último que, *el patrimonio determina lo que la persona tiene y el ámbito personal lo que la persona es*<sup>45</sup>, puede sintetizarse entonces, con palabras del primero, que: *el tipo de daño dependerá de qué parte de la esfera jurídica de la persona se ve afectada por la acción lesiva. Así entenderemos por daño patrimonial la lesión o menoscabo de los bienes o derechos que se encuentran en el sector patrimonial y el daño no patrimonial o moral, la lesión o menoscabo de los bienes o derechos que pertenecen al sector personal*<sup>46</sup>.

El juez, al conocer un caso en que se exija responsabilidad jurídica civil al médico, tendrá inevitablemente que caracterizar el daño que se ha ocasionado al paciente. A nuestro juicio la actuación del médico se despliega sobre la persona física en toda su magnitud, no como ente jurídico, sino en su dimensión humana; por esta razón los daños que se ocasionan por su mala práctica constituirán daños morales, esencialmente si se tiene en cuenta que muchos de ellos agreden, en primera instancia, derechos como la integridad física y corporal y en casos más graves el derecho a la vida del paciente.

---

<sup>44</sup> Consultar *Tesis en opción al grado de Dr. en Ciencias Jurídicas, el daño moral. Concepto y resarcimiento*, del Dr. Reinerio Rodríguez Corría, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Las Villas, presentada en mayo de 2003 en formato Word, pp. 23-57 (consultada en el archivo personal del autor).

<sup>45</sup> *Cit. pos* RODRÍGUEZ CORRÍA, *el daño moral* *cit.*, p. 41.

<sup>46</sup> *Idem.*

que aunque resulte axiomático, conlleva a que además de la personalidad, como el derecho a la intimidad del paciente se vean afectados. Esto puede ocurrir cuando en incumplimiento del conocido consentimiento informado<sup>47</sup> el médico quebranta la confianza que su paciente ha depositado en él, si el primero, fuera capaz de revelar, por ejemplo, asuntos íntimos de aquel que se le han declarado basado en la confianza que debe caracterizar la relación *sui generis* médico-paciente.

Según el criterio de RODRÍGUEZ CORRÍA daño moral es aquel que se produce por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, así como cualquier tipo de afectación o perturbación que sufra el ser humano en sus intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidades intelectuales como consecuencia de un acto ilícito<sup>48</sup>.

Sistematizando lo que hasta aquí se ha expuesto de la responsabilidad jurídica civil, llama la atención que para el caso en el que el acto médico sea derivado de un contrato, susceptible de recibir el galeno por la prestación del servicio médico una contraprestación consistente en una cantidad de dinero que dependerá de la situación analizada y su envergadura o gravedad, puntualizando incluso el tipo de obligaciones que de él se originen, si de medios o de resultado; puede considerarse fácilmente, al menos en un análisis apriorístico, el resarcimiento del daño moral. No sucede igual cuando la responsabilidad jurídica civil del médico se configura con carácter extracontractual y se deriva de la prestación del servicio médico con carácter gratuito como servicio público estatal, en este caso es necesaria una exhaustiva regulación del elemento daño y sus formas de resarcimiento.

#### **1.4 El consentimiento informado: su importancia en sede de responsabilidad jurídica civil del médico.**

<sup>47</sup> Debe entenderse el consentimiento informado, *grosso modo*, como el deber que tiene el médico de informar al paciente sobre todo cuanto sea menester de su conocimiento, para que en el proceso de la relación médico-paciente, este último pueda, con conocimientos válidos, prestar su anuencia a cuanta intervención médica sea requerido. Para mayor información, Vid. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo Y Javier SÁNCHEZ CARO, "Consentimiento informado", <http://www.aeds.org/consenti.htm>, consultada el 5 de abril de 2009.

<sup>48</sup> Vid. RODRÍGUEZ CORRÍA, R., "El daño moral" *cit.*, p.57.

El consentimiento informado es el consentimiento informado y que se realiza un análisis pormenorizado por la importancia que tiene cuando de responsabilidad médica se trata. El hombre ha conseguido por diversas vías el respaldo jurídico y social de sus más elementales derechos. La doctrina constitucional es fértil en materia de derechos humanos y fundamentales, baste citar que desde la Francia de 1789 e incluso desde antes, la filosofía del Derecho Natural amparaba el respeto a la dignidad y autonomía del individuo.

El paciente es una persona, un ser humano, que por razones de enfermedad o para mejorar su estética se coloca en ese rol y necesita la concurrencia del médico en su beneficio. Precisamente el respaldo estatal que reciben tales derechos puede erigirse en el fundamento primero para que su observancia por parte del médico tenga una consideración estricta. Esta concepción exige del galeno el deber de reconocer, dentro del marco estrecho que supone la relación médico-paciente, la presencia de una esfera de la que el segundo es titular en la cual derroche su capacidad de intuición, de elección, de razonamiento y autonomía de la voluntad, la que amparará las decisiones que sea capaz de asumir. Tales decisiones deben tener aparejado la correspondiente información del médico relativa a las actuaciones que sobre él desplegará en la medida que los conocimientos científicos más actuales en su ciencia se lo permitan.

Integrando lo expuesto con anterioridad podemos afirmar que el consentimiento informado constituye un derecho-deber en dependencia de la posición en que se valore: derecho del paciente a que se le tenga al corriente del diagnóstico de su enfermedad, las intervenciones que sobre él realizarán, los riesgos y beneficios que pueden estas ocasionar, alternativas su tratamiento, en fin, todos aquellos elementos que contribuyan a que válidamente manifieste él o sus familiares, en caso de que su estado psicofísico lo requiera, la autorización para las intervenciones médicas. Incuestionablemente entonces surge el deber del médico de cumplir con estas exigencias, so pena de originar por su infracción, supuestos de responsabilidad jurídica civil.

responsabilidad de consentimiento informado y el daño causado.

Sobre el particular ha dicho LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA que: «Entrando ya a analizar las consecuencias de la falta de consentimiento informado, quiero tomar como punto de origen la opinión de que ante un supuesto de infracción del deber de información debida al paciente, se produce una imputación objetiva al médico infractor, del daño sufrido por aquel. Así, debemos entender que cuando el paciente es sometido a un tratamiento o intervención quirúrgica, de cuyo resultado se derivan graves perjuicios para su salud de los cuales aquel no había sido informado, o lo había sido incorrectamente, dichos perjuicios deben ser imputados al médico que infringió su deber de información; y ello aun a pesar de que en el desarrollo del tratamiento instaurado o la intervención realizada se haya empleado un correcto uso de la *lex artis*, ya que el objeto de protección aquí, no es otro sino el derecho del paciente a conocer cuáles son los riesgos, ya no solo los más probables del tratamiento o intervención a la que va a ser sometido, sino incluso, los riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia y en base a dicho conocimiento, decidir sobre su sometimiento o no al citado tratamiento o intervención quirúrgica. Por tanto, la relación de causalidad que debe establecerse aquí, une el incumplimiento del médico obligado a informar a su paciente, con el resultado que supone los daños provocados por el tratamiento o intervención a la que el enfermo es sometido. Y es que en este supuesto el médico priva al paciente de su derecho de autodeterminación, ejercitando una facultad que tan solo pertenece al ámbito de la voluntad del enfermo, con lo que el resultado que se produce es la asunción por parte del profesional de todos los riesgos que entraña el tratamiento que instaura y por tanto, en consecuencia, de los daños que éste provoque»<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, «El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica.» consultada el 5 de abril de 2009, en, [http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento\\_informado.html](http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento_informado.html)

... el médico podrá responder de responsabilidad  
... a misma medida y de igual forma que cuando su  
actuación es incongruente con la **lex artis ad hoc**. Según las definiciones  
aportadas *supra*, los institutos jurídicos aludidos no son idénticos en su esencia,  
pero no es descabellado valorar la posibilidad de que el consentimiento informado  
sea uno de las pautas preestablecidas según las cuales el comportamiento médico  
se debe conducir sobre el paciente y entonces sería este parte integrante o  
elemento a tener en cuenta cuando se analiza la **lex artis ad hoc**. Esto último  
parecer haber sido asumido por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia No.  
313 de 1999 dictada por la Sala Civil<sup>50</sup>, respaldada incluso por alusiones a otras  
resoluciones judiciales de igual rango. Es criterio nuestro que esta última cuestión  
tiene un sustrato fuerte, y que lo que se requiere en todo caso es el talento del  
juez para determinar, de acuerdo con los lineamientos que se sigan en cuanto al  
nexo causal, si estrictamente la falta del consentimiento informado origina  
responsabilidad o la inobservancia de la **lex artis** además incluye este como falta.

Respecto al consentimiento informado, este tiene matices cuando su  
inobservancia se produce en el campo de la medicina curativa o la medicina  
satisfactiva. Para LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA la distinción entre la medicina  
curativa o de medios y la medicina satisfactiva o de resultados, es algo  
trascendente, pues son diferentes las consecuencias de la actuación del personal  
de salud ante una presunta negligencia y según el tipo de intervención. De igual  
manera esta distinción cobra importancia a la luz de la información que habrá de  
suministrarse al paciente, quien deberá conocer, entre otras cosas, si el médico  
asumirá una obligación de medios o de resultados y las implicaciones que esto  
tiene. La Sentencia de 3 de octubre de 2000 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo  
de España (Magistrado Ponente Sr. Xiol Ríos) estipula en el noveno fundamento  
de Derecho:

<sup>50</sup> Vid. Sentencia No.313 de 1999 dictada por el Tribunal Supremo Español  
<http://www.aeds.org/jurisprudencia/sentvegeta.htm> , Consultada el 5 de abril de 2009.

... a la distinción existente, en materia sanitaria,  
... medicina satisfactoria, consistente, a grandes  
rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y  
la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para  
lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la  
diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para  
conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la  
necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un  
beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener  
un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.<sup>51</sup>

Todo lo que hasta ahora hemos planteado en sede de consentimiento informado  
queda magistralmente sintetizado por PELAYO PARDOS, al comentar la sentencia  
dictada por el Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2001, donde  
concluye: %La información que debe recibir el paciente por parte del médico, no es  
un mero formalismo ni un engorro de papeleo invento de leguleyos, sino una  
exigencia legal articulada en normas del máximo rango.+ Se refiere al aludir a  
tales normas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (arts.  
12, 18 a 20, 25, 28 y 29), Convenio de Roma, para la Protección de los Derechos  
Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (artículos. 3, 4, 5, 8 y 9), y Pacto  
Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York, en 1966  
(artículos. 1, 3, 5, 8,9 y 10).<sup>52</sup>

## 2. La responsabilidad jurídica civil del médico en el derecho comparado.

Los Códigos Civiles contemporáneos contienen las pautas generales que han sido  
refrendadas por la doctrina para exigir al médico responsabilidad jurídica civil. Su  
complementación con otras normas logra explicaciones todavía más perfectas

<sup>51</sup> Vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. %El consentimiento informado +, cit., consultada el 5 de  
abril de 2009.

<sup>52</sup> Vid. PELAYO PARDOS, Santiago, *Comentarios a la Sentencia de 12 de enero del 2001 de la Sala  
Civil del Tribunal Supremo*, [http://www.aeds.org/jurisprudencia/ts\\_12012001\\_comentario.htm](http://www.aeds.org/jurisprudencia/ts_12012001_comentario.htm)  
consultada el 5 de abril de 2009.

trata, aunque en ocasiones caen en análisis  
el Derecho en sus atributos de generalidad y

abstracción jurídicas. La doctrina española, sin menospreciar la mexicana, argentina y la colombiana, se erige referencia obligada cuando de responsabilidad civil del galeno se trata, y por consiguiente, su Derecho contiene normas que manifiestan la inteligencia con que se aborda la misma.

Como vimos anteriormente, el primer respaldo a la exigencia de responsabilidad jurídica civil del médico u otra forma de responsabilidad médica, se halla en la protección al derecho a la salud que se realiza en los textos constitucionales.<sup>53</sup>

## 2.1 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil español.

En España es imprescindible determinar muy bien cuándo se está ante un caso de responsabilidad contractual y cuándo ante la responsabilidad extracontractual, sobre todo si se tiene en cuenta que es criterio de la jurisprudencia que unos mismos hechos pueden originar ambos tipos de responsabilidad<sup>54</sup>, pues veremos como el término de prescripción para exigir la primera es de 15 años y para la segunda es de 1 año, contenido ello en los artículos 1964 y 1968 del Código Civil español respectivamente.<sup>55</sup>

La lectura del precepto 1968 deja clara la remisión a la norma que en el artículo 1902 del referido Código<sup>56</sup> tiene al decir de BRINES TARRASÓ<sup>57</sup>, una indudable función de directiva social en la medicina al delimitar entre sí los ámbitos de

<sup>53</sup> Vid. *Supra* 1.2

<sup>54</sup> Vid., Sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 Marzo de 2001. <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc>

<sup>55</sup> **Artículo 1964 del Código Civil español:** La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince.

**Artículo 1968 del Código Civil español:** Prescriben por el transcurso de un año:

1º La acción para recobrar o retener la posesión.

2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

<sup>56</sup> **Artículo 1902 del Código Civil español:** El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

<sup>57</sup> Vid., Sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 Marzo de 2001. <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc>

de la protección de los intereses individuales.  
to culposo que se exige para la tipificación de la  
responsabilidad civil del médico, por tanto se entiende esta con carácter subjetivo.

Desde el Código Civil español es también abordada la valoración de las normas de la mancomunidad o la solidaridad, cuando existe pluralidad de responsables al analizar los supuestos de actuación médica. La jurisprudencia es unánime en considerar que en el ámbito extracontractual la responsabilidad es solidaria. Sin embargo ha venido realizando una interpretación correctiva del artículo 1937 del mencionado Código<sup>58</sup> hasta llegar a esgrimir que la responsabilidad contractual ha de ser solidaria cuando varios sujetos han lesionado un específico deber de cuidado en relación con un mismo objeto y riesgo y no es posible deslindar la medida en que han contribuido al daño.<sup>59</sup>

Las reflexiones anteriores se fundamentan en que cuando se habla de responsabilidad contractual, si existen varios deudores vinculados al acreedor por virtud de diversos contratos, o sea, además del que se realiza entre el médico y el paciente, pueden tener lugar paralelamente a este, un contrato de clínica entre el enfermo y el hospital, o un contrato de arrendamiento de servicios entre el facultativo y el establecimiento sanitario, o entre este y los profesionales sanitarios que se configura como un contrato a favor de terceros, en este caso los enfermos; cuando se puede precisar la actuación de cada contratante con respecto al resultado dañoso producido la solidaridad resulta innecesaria.

A su vez, la explicada *lex artis ad hoc* es expresión del concepto de diligencia contenido en el artículo 1104 del Código Civil de España<sup>60</sup> y no resulta, por tanto,

---

<sup>58</sup> **Artículo 1937:** La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

<sup>59</sup> *Vid.*, Sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 Marzo de 2001. <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc>

<sup>60</sup> **Artículo 1104:** La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

profesión médica, de los más aplicables, el  
posición normativa<sup>61</sup> que alude al caso fortuito. Si  
así fuera, siempre los galenos alegarían esta razón para no responder civilmente,  
sabiendo que su actuar diligente, respetuoso de los parámetros preestablecidos  
para el ejercicio de su profesión, le permite contar con cierto nivel de previsión de  
las consecuencias de sus acciones, sin que esto resulte criterio de carácter  
absoluto.

## 2.2 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil argentino.

El Código Civil de la República argentina define conceptos como la culpa y el dolo, el acto ilícito, los derechos de los deudores y los acreedores en las relaciones nacidas en virtud de un contrato, el delito y las clases de daños, así como la forma en que estos pueden ser indemnizados que son aplicables al tema analizado.

El artículo 505 del Código argentino, recoge los derechos que le son reconocidos al acreedor, como sujeto que ocupa la situación de poder jurídico en las obligaciones contractuales. Se erige tal precepto en garantía permisiva de utilización de todos los medios legales establecidos para exigir del deudor aquello a que se ha obligado, así como las indemnizaciones que correspondan por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación.<sup>62</sup>

---

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

<sup>61</sup> **Artículo 1105:** Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

<sup>62</sup> **Artículo 505 del Código Civil argentino:** Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

1ro: Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado;

2do: Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor;

3ro: Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor, si la obligación se hallase extinguida o modificada por una causa legal.

parece el concepto de acto ilícito<sup>63</sup>, incluso con un  
bases para una definición posterior de delito<sup>64</sup>,  
contenida en el artículo 1072, de gran importancia si se tiene en cuenta que la  
responsabilidad civil puede coexistir con la responsabilidad penal. Una vez  
configurado un actuar antijurídico, es exigible en este la presencia de culpa o dolo,  
institutos jurídicos que muy claramente expone la norma argentina objeto de  
comentario.<sup>65</sup>

En relación al daño resultado del mal proceder médico el artículo 1068 del Código  
expresa que: habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio  
susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio  
o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o  
facultades. Nótese como la legislación trata los términos daño y perjuicio como  
sinónimos

Por último, recordemos la relación de causalidad que debe existir entre el daño  
causado por el médico y el acto que lo produce, ella se halla preceptuada en el  
artículo 901 del Código civil que se viene comentando, y que introduce y define los  
siguientes términos: consecuencias inmediatas, consecuencias mediatas y  
consecuencias casuales.<sup>66</sup> Retomemos la idea de que la medicina es una ciencia

---

<sup>63</sup> **Artículo 1066 del Código Civil de Argentina:** Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.

<sup>64</sup> **Artículo 1072 del Código Civil de Argentina:** El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código "delito".

<sup>65</sup> El artículo 512 del Código civil argentino, define la culpa en sede obligaciones contractuales, como, la omisión por parte del deudor de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Por su parte, en el artículo 506, se hace responsable al deudor de los daños e intereses que resulten por actuar dolosamente en el cumplimiento de la obligación. Destacable además, resulta el precepto, 1067, al normar que se está en presencia de acto ilícito, cuando este cause daño a otro, y debe mediar en ello dolo, culpa o negligencia imputable al agente que lo ocasiona. Todo lo anterior constituye referente básico, para exigirle responsabilidad jurídica civil al médico, tanto si esta se originase por un contrato o fuera de naturaleza extracontractual.

<sup>66</sup> Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

definiciones aludidas resultan de vital importancia  
asiones si se configura responsabilidad civil del  
médico o esta queda excluída, en tanto no subsista la debida relación de  
causalidad.

### **2.3 Fundamentos de la responsabilidad civil médica desde el Código Civil cubano.**

Luego del estudio de las peculiaridades de la relación médico-paciente en Cuba, donde los servicios de salud son esencialmente gratuitos, resulta que la responsabilidad jurídica civil del médico es de carácter extracontractual y subjetiva. Es por ello que se admite su exigencia desde la formulación positiva que de los Actos Ilícitos contiene el Código Civil cubano de 1987, ubicada en el Libro Primero: *Relación Jurídica*, Título IV: *Causas de la Relación Jurídica* y Capítulo IV: *Actos Ilícitos*. No obstante las deficiencias de la norma se constituyen obstáculos para que fluya la demanda a los médicos por su proceder dañoso. Así, el Código Civil cubano carece de normas que preceptúen el instituto de la *culpa*.

En este mismo orden de cosas y considerando que el acto médico del que resulte un daño para el paciente siempre violará algún/os de los derechos inherentes a la personalidad reconocidos por la legislación cubana<sup>67</sup>, lo que implica afirmar que el médico con su actuar produjo un daño moral, resulta criticable que la norma civil de este país no defina dicha modalidad de daño. Además no es admitida la reparación pecuniaria del daño moral en Cuba a tenor de las disposiciones del Código Civil. De tal suerte, solo es posible la reparación de este tipo de daño de la manera prevista por el artículo 88<sup>68</sup>, lo cual pone al paciente frente a la imposibilidad de recibir una cuantía indemnizatoria que sirva de compensación, a causa de un actuar dañoso del médico que le asista en su padecimiento.

<sup>67</sup> Artículo 38 del Código Civil cubano que remite a la Constitución de la República de Cuba.

<sup>68</sup> Artículo 88: La reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor.

gratuito de la relación médico-paciente<sup>69</sup>, que a, no debe ser argumento para que por ello al paciente no se le deba reparar a causa de un actuar culposo o doloso del facultativo del que resulte un daño para él, pues la exigencia de la reparación íntegra del daño moral deviene una garantía más del ciudadano a favor del derecho constitucional establecido: derecho a la salud<sup>70</sup>.

## CAPÍTULO II: La responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador: doctrina y Derecho.

### 1. Consideraciones generales.

El Derecho Civil ecuatoriano, como todas las demás ramas del Derecho, enfrenta una etapa del desarrollo de la humanidad que demanda su aplicación e interpretación extensiva a favor de realidades sociales y económicas nuevas. Está llamado entonces a erigirse como exponente máximo de regulación de un entramado de relaciones jurídicas con un sustrato socioeconómico en constante evolución y consolidación.

La persona, aludiendo a la acepción jurídica del término<sup>71</sup>, continúa siendo el centro de protección de las normas de Derecho Privado como lo es el Derecho Civil. Una nueva realidad social exige un nuevo ordenamiento jurídico que se proclame garante de los derechos individuales o personales en estricta correspondencia con su sentido organizativo. El derecho a la salud es reconocido

---

<sup>69</sup> En Cuba los servicios de salud son gratuitos para ciudadanos cubanos y extranjeros que residen permanentemente en el país, por lo que no media contrato entre el médico y el paciente. En el caso de los extranjeros que residan temporalmente, estén de tránsito o visita; aunque hay omisión por parte de la Ley No. 41 de 1983 de la Salud Pública y el reglamento sobre la relación médico-paciente, ella reviste, excepto para casos de urgencias médicas, carácter contractual. Artículo 14 de la Ley de Salud Pública, Ley No. 41 de 1983: *Los ciudadanos extranjeros que residen permanentemente en el territorio nacional, reciben los mismos cuidados preventivos y curativos que los ciudadanos cubanos.*

*Los que residen temporalmente o se encuentren de tránsito o visita en el territorio nacional, reciben la atención médica según las disposiciones establecidas en cada caso.+*

<sup>70</sup> Vid. DÍAZ LÓPEZ, ALIANI, *La Responsabilidad jurídica civil* cit. p. 43 y 44.

<sup>71</sup> (ō ) se refiere al ente capaz de derechos y obligaciones, que existe, incluso aisladamente, pues se es persona desde el nacimiento. Vid. VALDÉS DÍAZ, C del C., *Derecho Civil* , cit., p. 101.

Ecuador, al ser consignado en la Constitución artículo 32, en el que se proclama que el Estado garantiza este derecho cuya realización, a su vez, se hace depender del ejercicio de otros.

Por su parte, la Ley No. 80, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, desarrolla el precepto constitucional apuntado sobre la base de organizar el sistema de salud ecuatoriano erigido en varios objetivos y principios<sup>72</sup> que aseguran el mentado derecho. La Ley Orgánica de la Salud también se pronuncia claramente en su artículo 1 acerca de su finalidad de hacer efectivo el derecho recogido en el artículo 32 de la Constitución Política de la República<sup>73</sup> y posteriormente en el Capítulo III recoge los derechos y deberes de las personas y el Estado en relación con la salud; ratificando su artículo 9, la responsabilidad de este último de garantizar el derecho a la salud con la serie de acciones allí relacionadas<sup>74</sup>. Sobre el tema tratado también se refiere la Ley de Derecho y

<sup>72</sup> Cfr. Artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Ley No. 80. Registro Oficial 670 de 25 de septiembre de 2002.

<sup>73</sup> Artículo 1: La presente Ley tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.

<sup>74</sup> Artículo 9: Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades:

- a) Establecer, cumplir y hacer cumplir las políticas de Estado, de protección social y de aseguramiento en salud a favor de todos los habitantes del territorio nacional;
- b) Establecer programas y acciones de salud pública sin costo para la población;
- c) Priorizar la salud pública sobre los intereses comerciales y económicos;
- d) Adoptar las medidas necesarias para garantizar en caso de emergencia sanitaria, el acceso y disponibilidad de insumos y medicamentos necesarios para afrontarla, haciendo uso de los mecanismos previstos en los convenios y tratados internacionales y la legislación vigente;
- e) Establecer a través de la autoridad sanitaria nacional, los mecanismos que permitan a la persona como sujeto de derechos, el acceso permanente e ininterrumpido, sin obstáculos de ninguna clase a acciones y servicios de salud de calidad;
- f) Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo, con énfasis en medicamentos genéricos en las presentaciones adecuadas, según la edad y la dotación oportuna, sin costo para el tratamiento del VIH-SIDA y enfermedades como hepatitis, dengue, tuberculosis, malaria y otras transmisibles que pongan en riesgo la salud colectiva;
- g) Impulsar la participación de la sociedad en el cuidado de la salud individual y colectiva; y, establecer mecanismos de veeduría y rendición de cuentas en las instituciones públicas y privadas involucradas;

articulado, en especial en el Capítulo II, donde se  
al 6 una serie de derechos entre los que se  
encuentran el derecho a una atención digna y a no ser discriminado.

La actividad de los profesionales de la salud es singular, aquí lo que se afecta con su actuar no es un patrimonio, una condición o un estado que en cualquier caso es subsanable, sino la vida misma de un individuo o su integridad física, razón por la que el tema de la responsabilidad profesional, cuando atañe al médico, se torna mucho más sensible que en el caso de otros expertos. Siendo así, la práctica de esa profesión deja de ser arbitraria por parte del especialista para constreñirse a pautas prefijadas por la ciencia médica. De tal suerte, los deberes morales pasan ahora a ser, en buena medida, deberes jurídicos. Siempre el desempeño del galeno ha respondido, en primer orden, a las prescripciones contenidas en los códigos de ética vigentes en las diferentes latitudes; en el caso del mundo occidental, estos hallan su base en el Juramento de Hipócrates. Así, la moral ha marcado el camino por los que, *a priori*, debe transitar el arte de curar, sin que esto oscurezca las disposiciones del mundo antiguo que contenían preceptos jurídicos asociados a la práctica médica ejercida inadecuadamente.

Con estos antecedentes podemos percatarnos que el actuar de un profesional de la salud no es nada simple, porque a más de reunir características como probidad, responsabilidad, capacidad y moralidad, debe ser también humanista. Ya decía NOTHNAGEL: "Solo un hombre humano puede ser un buen médico"<sup>75</sup>; ello, porque la naturaleza misma de su rama del conocimiento requiere de una calidad humana que lo haga especial en el trato a sus congéneres, teniendo en cuenta que parte

---

h) Garantizar la asignación fiscal para salud, en los términos señalados por la Constitución Política de la República, la entrega oportuna de los recursos y su distribución bajo el principio de equidad; así como los recursos humanos necesarios para brindar atención integral de calidad a la salud individual y colectiva; e,

i) Garantizar la inversión en infraestructura y equipamiento de los servicios de salud que permita el acceso permanente de la población a atención integral, eficiente, de calidad y oportuna para responder adecuadamente a las necesidades epidemiológicas y comunitarias.

<sup>75</sup> ORDÓÑEZ, María Victoria, Especialista en Derecho Procesal, *El Mundo Real Del Profesional De La Salud, La responsabilidad médica en el Ecuador*. Consultado en [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3325&Itemid=426](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3325&Itemid=426) el 17 de mayo del 2009.

establecer una relación cordial que involucre amabilidad, amabilidad, relación con cada enfermo para así fomentar la confianza en él y junto con la abnegación, facilitar el tratamiento de su caso.

La transformación de los deberes morales en deberes jurídicos cuando del ejercicio de la medicina se trata, tiene también mucho que ver con la posición del Estado de garante máximo de los derechos de sus ciudadanos, en este caso el derecho a la salud. Este constituye el ente regulador de las relaciones sociales, y a tono con el criterio de OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA respecto al concepto de deber jurídico<sup>76</sup>, no cabe dudas entonces de que el carácter de la relación médico-paciente tiene el *status* de jurídica, pues las normas que la regulan resultan de obligatoria observancia, so pena de ocasionar alguna sanción que, de tener un marcado sentido patrimonial puede constituirse una verdadera obligación; sirva de ejemplo la que existe cuando el médico es condenado, al amparo de la responsabilidad jurídica civil, a reparar daños e indemnizar perjuicios por tipificar un supuesto de *malpraxis*.

Incluso el ejercicio de la medicina con expresión de la *lex artis ad hoc*, nos es útil en la fundamentación que se viene realizando; no olvidemos que las pautas que debe seguir el galeno en su actuar trascienden el plano de su conciencia y exigen un consenso medio que se consigue con los contenidos de su ciencia, el lugar y las condiciones en que esta se desarrolla. Estos estándares para las actuaciones médicas de toda calificación, aunque no se hallen taxativamente recogidas en norma jurídica alguna, sí son deberes a los que el Derecho, como se ha dicho ya, les consagra la posibilidad de una respuesta sancionada ante su quebrantamiento, en la que por consiguiente el poder coactivo del Estado está presente.

Dado al papel tan importante que juega un profesional de una rama tan trascendental como la medicina, se ha considerado necesario regular su ejercicio,

---

<sup>76</sup> El deber jurídico es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de Derecho, es decir, observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de Derecho a favor de una persona determinada o de una persona indeterminada. *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ, N. de la C. y T. Delgado Vergara, *Teoría General de las obligaciones* cit., p.21.

la más grande de las responsabilidades, sin  
as profesiones.

## 2. La relación médico-paciente en Ecuador.

La relación médico-paciente soporta análisis desde varias aristas, a saber: moral, económico, profesional, psicológico, sociológico, jurídico entre otros. Cada una de estas ciencias estudia las particularidades de esa relación para descubrir allí los principios y pilares que deben regir su desarrollo. Se impone por el perfil de esta investigación ceñirse a la mirada estrictamente jurídica del tema, tocando criterios de otras ciencias solo en aquellos casos que apoyen al Derecho para determinadas explicaciones. Recuérdese que las normas relativas a la relación médico-paciente están permeadas de pautas esgrimidas por cada una de ellas; mucho más cuando se concibe el fenómeno jurídico alejado de la concepción kelseniana de que el Derecho es norma y solo norma, para dar paso al análisis de este desde sus aristas o dimensiones<sup>77</sup> social, normativa y valorativa o axiológica.

*¿Puede considerarse al amparo del ordenamiento jurídico ecuatoriano la relación médico-paciente como auténtica relación jurídica?*

A diferencia del Código Civil cubano<sup>78</sup>, el nuestro no define qué entender por relación jurídica; aspecto al que debía dedicarle espacio entre sus normas, teniendo en cuenta que en la doctrina moderna este instituto se considera el eje del Derecho Civil. Al decir de DIEZ PICAZO Y GULLÓN, la relación jurídica es una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la consideran, además, como cauce idóneo para la

<sup>77</sup> Vid. COLECTIVO DE AUTORES, *Introducción a la Teoría de Derecho*, reproducción realizada en Cuba en marzo de 2006, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 36-37.

<sup>78</sup> Vid. Artículo 22 en el que se explicita qué entender por relación jurídica. Además todo el libro primero está dedicado a dicha institución, reconociendo su importancia dentro de esta rama del Derecho.

responsabilidad  
cedora de tutela jurídica.<sup>79</sup> ESQUIVEL ZUBIRI alega  
persona con otra, la cual implica para cada una de  
las partes, una serie de derechos y obligaciones.<sup>80</sup> . Las relaciones jurídicas no  
son sustancialmente distintas de las relaciones sociales, sino que son resultado de  
estas últimas, o sea, son aquellos vínculos que se producen entre los individuos,  
fruto de la convivencia y sobre las que el Derecho se pronuncia tutelando los  
derechos y deberes que de ellas dimanar.

Resulta obvio que la relación médico-paciente reviste la forma de relación jurídica  
civil obligatoria cuando su origen es un acto jurídico contractual, o sea, un  
verdadero negocio jurídico, aún cuando sea complicado explicar la naturaleza o  
clasificación que soporte el mismo. Al respecto, vale citar el artículo 1453 del  
Código Civil patrio que, en ocasión de regular las fuentes de las obligaciones,  
admite que estas pueden nacer del concurso real de las voluntades de dos o más  
personas como en los contratos o convenciones y en el artículo 1454, el propio  
cuerpo legal se vuelca a definir qué entender por contrato, aclarando la naturaleza  
que puede tener la obligación del deudor (dar, hacer o no hacer alguna cosa), que  
en el caso que nos ocupa encuadra en obligaciones de hacer.

Al decir de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA: ~~La~~ terminología definidora de la  
relación contractual entre el médico y el paciente ha ido presentando otras  
peculiaridades surgidas de otras tantas teorías acerca de su naturaleza jurídica;  
algunas lo han calificado como contrato de actuación médica, contrato de servicios  
médicos, entre otros calificativos. Hoy día, la teoría más aceptada es la de  
arrendamiento de servicios, en la que la obligación primordial que asume el  
médico, es una obligación de medios y no de resultados, es decir, que el médico  
se obliga a prestar al paciente sus cuidados, pero no a obtener la curación,  
mientras que la retribución del facultativo será proporcional no a los resultados,

<sup>79</sup> DIEZ PICAZO, Luis Y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 216.

<sup>80</sup> ESQUIVEL ZUBIRI, José Luis: *Generalidades de responsabilidad civil médico paciente*. (Consultado en <http://www.derechoecuador.com> el 11 de junio del 2009).

trabajo desarrollado y a la dificultad de la

Añade el referido autor que, en definitiva, de todas estas teorías, la más cercana a la realidad es la que califica la relación contractual como un arrendamiento de servicios, si bien con la matización de que en ocasiones puede convertirse en un arrendamiento de obra cuando la intervención profesional del médico persigue un fin concreto que no se orienta estrictamente a procurar la curación del enfermo. Esta es la tesis mantenida por el Tribunal Supremo español en su amplia Jurisprudencia al respecto.<sup>82</sup>

Siguiendo esta tesis y en consonancia con las regulaciones del Código Civil ecuatoriano; cuando la relación médico-paciente se produce en una entidad privada donde los servicios se prestan onerosamente, el origen del vínculo entre el galeno y el paciente es un negocio jurídico de naturaleza contractual y este pudiese ser considerado un arrendamiento. Así, el artículo 1856 define esta figura como: «( ) contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a (õ ) o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales.»<sup>83</sup> No obstante, en el desarrollo del Título XXV del Libro IV dedicado a la regulación de este contrato y a la reglamentación de arrendamientos específicos, no existe otro artículo que tipifique o se refiera expresamente a la cuestión ahora aludida; sin embargo, habiendo un precepto general como el citado, cuya definición describe la realidad de la relación médico-paciente, nada obsta para su aplicación al particular.

Otro criterio es aplicable en aquellos casos en que los servicios sean prestados por centros de salud públicos gratuitos. En modo alguno puede considerarse que en estos casos la relación médico-paciente nace de un contrato. En este supuesto

<sup>81</sup> Vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El consentimiento informado», *cit.*, consultada el 5 de abril de 2009.

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> Código Civil de la República de Ecuador, Séptima Edición, Codificación RO-S 104: 20 de noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L.

...lo en el concepto ofrecido por PILLO ALONSO de  
...a juicio de este autor se entenderá por tal la  
% prestación de cualquiera de los servicios sanitarios conducidos a diagnosticar,  
curar, rehabilitar a una persona, así como las actividades asistenciales que  
complementan éstos, y en los que no exista un acuerdo previo de carácter  
contractual entre el paciente y el centro de la salud sobre el objeto de dicha  
prestación. Cualquiera de los procedimientos médicos destinados a la investigación y  
tratamiento de enfermedades, así como otras diligencias médicas que tengan por  
objeto el cuerpo de una persona sin previo ajuste de roles contractuales,  
incluyendo las operaciones asistenciales que la complementan.<sup>84</sup> Lo que si es  
claro que estamos en presencia de una relación jurídica *sui géneris* cuyos  
elementos precisarían ser puntualizados en otros materiales investigativos.

El médico e historiador español, LAÍN ENTRALGO considera que la relación médico-  
paciente es un vínculo interpersonal por excelencia y cuyo buen funcionamiento  
depende de tres requisitos fundamentales, ellos son: 1- ) Saber ponerse en el  
lugar de la otra persona (fase coejecutiva); 2- ) Sentir como él o ella (fase  
compasiva) y, 3- ) Disponerse a asumir como propios sus éxitos y dificultades  
(fase cognoscitiva)<sup>85</sup>. Partiendo de tales parámetros, RODRÍGUEZ SILVA, define la  
relación médico-paciente como % una relación interpersonal con connotaciones  
éticas, filosóficas y sociológicas de tipo profesional que sirve de base a la gestión  
de salud<sup>86</sup>. Este propio autor siguiendo el criterio anterior, describe tres modelos  
que puede adoptar dicha relación<sup>87</sup>:

- La relación activo-pasiva, que se perfecciona con enfermos en estado de  
coma, o que se encuentran en una situación que les impide establecer una  
relación más participativa.

<sup>84</sup> Vid. PILLO ALONSO, J. A., % la responsabilidad civil extracontractual ÷ cit., pp. 19 y 20.

<sup>85</sup> Vid. LAÍN ENTRALGO, Pedro, cit. pos, MENÉNDEZ GONZÁLEZ, Ricardo, La relación médico-paciente  
y su significado en la formación profesional, consultado el día 18 de mayo de 2009 en:  
[http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17\\_4\\_03/ems02403.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17_4_03/ems02403.htm)

<sup>86</sup> Vid. RODRÍGUEZ SILVA, Héctor. % la relación médico-paciente. ÷ en Revista Cubana Salud Pública,  
vol.32, No.4, oct.-dic, 2006, consultada el día 17 de mayo 2009, en:

[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S086434662006000400007&Ing=es&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S086434662006000400007&Ing=es&nrm=iso)

<sup>87</sup> Idem.

ada, que se configura con pacientes que pueden y tratamiento, como ocurre en el caso de las enfermedades agudas (ejemplo: neumonía) y crónicas (ejemplo: hipertensión arterial).

- La relación de participación mutua, contempla el cumplimiento del tratamiento y el control en discusión frontal de situaciones y actitudes relacionadas con la causa y evolución de la enfermedad.

A juicio de DE ARMAS VÁZQUEZ, a estos modelos debe añadirse un cuarto denominado, de necesidades psicológicas satisfechas, el que describe de la siguiente forma: <sup>88</sup>Al colocarse el médico en absoluto control, este modelo demanda mayor maestría de la profesión y contribuye al sentimiento de superioridad (õ). Satisface las mismas necesidades que el modelo actividad/pasividad, pero en menor grado. Hay más identificación con el paciente como persona: una relación similar a la de los padres con los hijos. Aunque las satisfacciones no son entendidas siempre bien, estas no son derivadas de la fuerza. Más bien ellos se asocian basados en ideas de amistad y camaradería.<sup>88</sup>

A juicio de LABARIEGA VILLANUEVA la relación jurídica médico-paciente, puede entenderse desde dos enfoques: uno vertical y otro de carácter horizontal:

1. *Desde la perspectiva vertical*, existe una subordinación del paciente hacia el médico, donde se considera al enfermo como incapaz de tomar decisiones; por lo que el médico decide por él, aunque fuera en deterioro del bienestar del paciente.
2. *Desde la perspectiva horizontal*, existe una relación de igualdad entre médico y paciente, donde la libertad autónoma del paciente juega un papel

---

<sup>88</sup> Vid. COLECTIVO DE AUTORES, *Por una nueva ética*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p.238.

... de decisiones en el ejercicio de su derecho de  
...ación.<sup>89</sup>

En la primera, el médico asume una función paternal o de tutor, que considera al enfermo desvalido física y moralmente, incapaz de tomar decisiones, así como de comprender los tratamientos terapéuticos, reservándole una posición enteramente pasiva; en cambio desde la óptica horizontal, existe una igualdad entre el médico y el paciente, que presupone el deber del médico de informar al paciente, sobre el estado de salud, para que éste, decida de manera libre y razonada, sobre su propio cuerpo.

Más allá del acto que sirva de fuente a la relación médico-paciente, recalcamos que el ejercicio de la medicina se debe basar en un alto sentido del humanismo. El vínculo dependerá siempre de las características peculiares del enfermo y la enfermedad que padezca, incluso de factores colaterales, como la familia, nivel cultural u otra. El médico se obliga a brindarle al paciente buen trato, debida asistencia y confianza, constituyendo ello la esencia de la relación que con él ha contraído por razón de su profesión.

### **3. La *lex artis ad hoc* y el consentimiento informado en el Derecho ecuatoriano.**

Partiendo de las definiciones referidas y estudiadas profundamente *supra* y sobre las que no es necesario volver, se impone un breve análisis encaminado a definir si tales institutos doctrinales también devienen referente obligado para los casos en que se trate la responsabilidad médica en Ecuador.

Atinado respaldo encontraba la exigencia al facultativo de actuar acorde con la ***lex artis ad hoc*** en sede de los artículos 179 y 182 del derogado Código de Salud, en tanto este facultaba a la autoridad para reprimir o sancionar al personal que incurriera en alguna de las faltas que preveía relacionadas con obligaciones

---

<sup>89</sup> LABARRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. *Contrato de Atención médica*. Revista de Derecho Privado Año I, Numero III. Septiembre-Diciembre 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

deben observarse. Una de esas autoridades era el Colegio de Médicos, quienes debían juzgar cada caso desde el punto de vista técnico. En otros artículos como el 174, 176 y 177 se estipulaban cuestiones vinculadas también a la **lex artis ad hoc**.

Dentro de la normativa ahora vigente en materia de salud, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud en su artículo 4, relaciona los varios principios que han de regir estos servicios en el Estado ecuatoriano. De tal suerte, en el segundo inciso se reconoce la calidad, como el deber que tienen todos los implicados de buscar la efectividad de sus acciones, la atención con calidez y la satisfacción de los usuarios. Pero ese precepto, a su vez, es complementado con el 201 de la Ley 67, Ley Orgánica de Salud que responsabiliza a los profesionales de esa rama con el logro de esos principios.<sup>90</sup> Como se puede apreciar, de manera indirecta se exige a los galenos y todo el personal del sector, actuar acorde con las pautas generales que informan su profesión, pues solo así conseguirán acciones efectivas, calidez en el trato y complacencia de los usuarios.

Aunque no con la denominación exacta de **lex artis ad hoc**, su contenido se halla presente en los preceptos de la Ley 67. Téngase en cuenta que para ejercer como profesional de la salud se requiere la expedición del título correspondiente por la unidad educacional pertinente, lo que certifica, al menos en el plano formal, la capacidad del facultativo para el ejercicio de su ciencia. Este primer requisito constituye una presunción a favor de la pericia del titular del documento en la profesión que ejerce, la medicina. La preparación científico-técnica y la superación postgraduada que recibe el médico, garantizan la adquisición y perfeccionamiento de las dotes que exige su profesión, lo que redundará en el reconocimiento de los baremos preestablecidos para el ejercicio de su actividad profesional. Sobre este particular ofrece sus regulaciones la mentada Ley en su Libro IV **De los servicios y profesiones de salud**, Capítulo III **De las profesiones de salud, afines y su ejercicio**. Así se pronuncia el precepto 193 acerca de cuáles deben ser

---

<sup>90</sup> Artículo 201.- Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos.

salud y el artículo 194 exige el debido título de formación competente o revalidado en el territorio, con la correspondiente inscripción en el CONESUP y por la autoridad sanitaria, para ejercer válidamente la medicina. Además, para evitar errores por desconocimiento en el actuar, el artículo 198 obliga a los profesionales y técnicos de nivel superior vinculados a la salud a restringirse al área cuyo título avala. Como otra muestra de la consagración que hace la analizada Ley al principio de la **lex artis ad hoc**, es expresa en señalar en los artículos 205 y 206 el papel protagónico que asiste a la autoridad sanitaria nacional en el proceso de formación y capacitación de los recursos humanos de salud. Todas las acciones que en ese sentido se realicen buscarán la mejora de la calidad en los servicios y apuestan por el perfeccionamiento de la preparación de los profesionales y por tanto, en el establecimiento y la observancia más ajustada a las pautas que informan su profesión.

Estos artículos a su vez deben integrarse con el precepto 34 de la Ley Reformada y Codificada de la Federación Médica Ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional (LFM), en la que se consagra la necesidad de título profesional registrado e inscrito debidamente para que se pueda proceder al ejercicio de la medicina en Ecuador. Por su parte, y como vía de garantizar la preparación del personal que labora en el sector de la salud en Ecuador, en el Capítulo X De los Registros Profesionales, artículo 46, de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana de 1979 y reformada en 1980, se obliga a todo galeno a inscribirse en los Registros de la Federación como requisito *sine qua nom*, sin perjuicio de otros requerimientos, para ejercer un cargo médico en cualquier entidad, independientemente de su naturaleza pública o privada. Otra forma de reconocimiento tácito del contenido de la **lex artis ad hoc** en la LFM, lo constituyen las disposiciones del artículo 24, en el que se faculta al Tribunal de Honor a sancionar la conducta profesional de los médicos cuando actúen públicamente menoscabando el prestigio de la clase médica, de sus organismos o de sus miembros (literal a) o quebranten el Código de Ética profesional (literal b).

El consentimiento informado se presta por los pacientes o su representante legal<sup>91</sup> y se reconoce con bastante amplitud en la doctrina ecuatoriana<sup>92</sup> y también en la Ley Orgánica de salud y Ley de Derechos y Amparo al paciente. En la primera se puede examinar el artículo 7 en sus incisos c) y h), donde se alude al derecho de las personas de recibir información relativa a tratamientos, productos y servicios de salud, así como la posibilidad de, en ejercicio de su autonomía, tomar decisiones respecto a ciertas cuestiones vinculadas a esta área, excepto en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida o la salud pública.<sup>93</sup> Nótese como en este caso se reconoce como sustrato del consentimiento informado, el principio del Derecho Civil de autonomía de la voluntad. En el caso de la Ley de Derechos y Amparo al paciente, podemos remitirnos al citado Capítulo II donde se reconocen los derechos a la información y a decidir en los artículos 5<sup>94</sup> y 6<sup>95</sup> respectivamente.

<sup>91</sup> Artículo 204 de la Ley Orgánica de Salud: El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa legalmente, no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202 de esta Ley.

<sup>92</sup> Incluso existen investigaciones acerca de su aplicación en el ejercicio de la medicina, Vgr. JARA ALVARADO, José River. *Estudio cualitativo sobre la aplicación del consentimiento informado en la práctica anestesiológica en el hospital Enrique Garces de la ciudad de Quito*. Archivo personal.

<sup>93</sup> Artículo 7: Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

(õ )

e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;

h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública;

(õ )

<sup>94</sup> Artículo 5: Derecho a la información.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro 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. Exceptúanse las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento.

responsabilidad aparejada la disminución de la responsabilidad esta ciencia, en cualquiera de sus modalidades.

No obstante, ello no quiere decir que aún frente a tal concordancia, desde la generalidad de los criterios que lo fundamenten, el servicio médico ecuatoriano, como otros, no cuente con supuestos en los que se le exija al médico responsabilidad jurídica. Por ejemplo: la responsabilidad penal del médico, en su posición de responsabilidad de última *ratio*, o más gravosa, se materializa a través de la tipificación de los delitos penales, los que se encuentran refrendados en el Código Penal<sup>96</sup>. Por su parte, la responsabilidad civil, objeto de esta investigación, presenta tipicidades que exigen su análisis bajo la égida de los preceptos del Código Civil patrio en sede del Libro IV dedicado a las obligaciones en general y los contratos.

#### **4. Valor del instituto de la responsabilidad jurídica civil regulada en la Constitución de la República y en el Código Civil ecuatoriano, para exigir esta al médico por su proceder dañoso.**

##### **4.1 Apuntes preliminares.**

Aduce BARREIRO RAMOS que la responsabilidad profesional del médico, debe entenderse como, aquella obligación de responder por los daños ocasionados en el ejercicio de su profesión, pero también el médico al graduarse hace un juramento que es su compromiso moral, y asume, por tanto, una responsabilidad moral no menos importante<sup>97</sup>. El citado autor defiende la tesis de que bajo el rubro de responsabilidad profesional del médico, es posible estudiar la responsabilidad moral, la responsabilidad laboral y la responsabilidad legal,

<sup>95</sup> Artículo 6: Derecho a decidir.- Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

<sup>96</sup> Como consecuencia de la mala práctica médica se producen los delitos de homicidio o lesiones. Ambos están tipificados en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I del Código Penal donde se encuentran los delitos contra la vida en su forma básica, agravada o atenuada. *Cfr.*, artículos 79-94.

<sup>97</sup> BARREIRO RAMOS, Héctor *et al.*, en, " La Responsabilidad profesional del médico ", en *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 2005 en: [http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21\\_1-2\\_05/mgi231-205t.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21_1-2_05/mgi231-205t.htm). Consultada el 15 de junio de 2009.

penal, para lo que aclara que ello solo tiene fines  
an relación<sup>98</sup>.

Partimos del presupuesto que, al involucrarse o comprometerse una persona con una profesión relacionada con la salud, lo está haciendo a su vez con la vida misma de otros sujetos, y al momento que falte a su obligación realizando lo que no debía o dejando de hacer lo debido, responderá ante la sociedad misma a través de sus órganos judiciales, sea civilmente por daños y perjuicios con una indemnización o sea penalmente con privación de la libertad, incluso. Esto sin perjuicio de las consecuencias administrativas de amonestaciones, suspensiones, entre otras.

Con la intención de aproximarse también a un concepto de responsabilidad médica, ORDOÑEZ, citando a LACASSAGNE, que a su vez ha sido citado por YCAZA PALACIOS señala sobre el tema que: "La responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una doble acción, civil y penal". Manifestando seguidamente YCAZA PALACIOS que: "Debe entenderse bajo este concepto la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo"<sup>99</sup>.

La responsabilidad civil del médico puede ser contractual o extracontractual. Contractual, es la responsabilidad que nace para la persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora, o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención. La extracontractual, a su vez, es la que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y

---

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> ORDÓÑEZ, María Victoria: Especialista en Derecho Procesal, El Mundo Real Del Profesional De La Salud, *La responsabilidad médica en el Ecuador. (Consultado en [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3325&Itemid=426](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3325&Itemid=426) el 17 de mayo del 2009).*

responsabilidad contractual legal. Es decir, que nace para quien  
daño a otra persona con la cual no tiene ninguna  
relación jurídica anterior.<sup>100</sup>

La doctrina es unánime en considerar, *a priori*, la responsabilidad profesional del médico como un capítulo dentro de la responsabilidad civil en general, lo cual es entendible dado que el profesional normalmente no actúa queriendo causar daño a sus clientes, transgrediendo con intención una regla penal y tampoco es habitual que su actuar llegue a tipificar un delito. Un médico, por ejemplo, no interviene para matar a su paciente, sino todo lo contrario, para salvarle la vida. Se dice entonces que responsabilidad profesional es en la que incurre todo individuo que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone. La responsabilidad civil del médico supone la obligación que se le impone al galeno consistente en reparar y satisfacer económicamente aquellas consecuencias resultantes de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión.

También se halla consenso en la doctrina, en países donde los servicios de salud son onerosos y corren a cargo esencialmente de entidades privadas, al caracterizar la responsabilidad que surge de la relación médico-paciente como de naturaleza generalmente contractual, esto se explica si partimos de la esencia que *supra* se le confirió a dicha relación<sup>101</sup>. En cambio, son de naturaleza extracontractual, cuando los servicios de salud son prestados gratuitamente por entidades públicas. A su vez, tal responsabilidad contractual deriva de un vínculo anterior en el que el médico ha contraído una obligación, generalmente, de medios; ya que el profesional de la salud no garantiza ni se compromete a conseguir determinados fines o resultados que se puedan considerar exitosos, sino simplemente al uso de los recursos adecuados para actuar con idoneidad. Se le llama obligación de prudencia y diligencia.

<sup>100</sup> SALCEDO VERDUGA, Ernesto: *La responsabilidad civil y penal por mala praxis profesional*. Consultado en <http://www.diariocorreo.com.ec/archivo/2007/08/09/mala-practica-medica> el día 4 de junio de 2009.

<sup>101</sup> *Vid supra* 2.La relación médico-paciente en Ecuador.

il ecuatoriano<sup>102</sup>, señala el principio general en el grupo social resulta lastimado por un hecho dañoso (delictivo o cuasidelictivo), es decir, sufre una merma o lesión patrimonial o moral que lo afecte, aquél que causó el daño, ya sea de manera directa o porque lo originó un tercero que estaba bajo su cuidado o dependencia, o porque lo causó una cosa de la cual es propietario u obtenía algún beneficio, es quien debe asumir las consecuencias del hecho o daño. En este precepto la esencia radica en la obligación de indemnizar (elemento de la responsabilidad civil) por el hecho de haberse ocasionado un daño, más allá de la fuente de dicha lesión. Entraría luego a considerarse la intencionalidad del causante del daño para definir si se ha tipificado un delito o si solo se ha perfeccionado un cuasidelito. Así, atendiendo a las disposiciones del artículo 2184 del propio cuerpo legal, si se tenía la intención de causar un daño con el hecho ilícito que resultó, se ha configurado un delito; si por el contrario no ha habido tal intención se puede hablar solo de la ocurrencia de un cuasidelito<sup>103</sup>.

A propósito de los conceptos que se expone, vale señalar que tal distinción entre los ilícitos civiles, además de ser ampliamente criticada por la doctrina contemporánea, no tiene una real justificación, ya que la responsabilidad civil que prevé el articulado de nuestro Código Civil es similar en cualquiera de los dos casos, obligándose al autor del hecho a reparar la totalidad del daño causado sin que exista una graduación diversa por tratarse de un delito o cuasidelito. En

<sup>102</sup> Artículo 2214: ~~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+.

<sup>103</sup> Para determinar el alcance y aplicación del artículo 2184, es preciso realizar una interpretación integradora del mismo en relación con el artículo 29 del Código Civil ecuatoriano, en el que se distinguen los tres géneros de culpa o descuido que reconoce el legislador patrio. En este último precepto se describe la culpa grave, negligencia grave o culpa lata; la culpa leve, descuido leve o descuido ligero y la culpa o descuido levísimo. En ocasión de explicar el texto legal lo que se debe entender por culpa leve, se puntualiza que ante cualquier referencia a la culpa o descuido sin otra calificación, se entenderá que se está aludiendo a la culpa o descuido leve. Por su parte, el mentado artículo 2184 para describir cuándo estamos ante un supuesto de cuasidelito, se refiere a los casos en los que hubiese ocurrido un ~~hecho culpable~~; teniendo en cuenta que en este caso no se ha empleado vocablo alguno que modifique al calificativo culpable, debe entenderse que se refieren a los supuestos en que ha habido culpa leve o, en todo caso, un género de menor envergadura, reservándose para las cuestiones en que se alude a la intención de dañar los supuestos de dolo y culpa grave.

o y la culpa, independientemente del grado de  
constitutivos de la responsabilidad derivadas del  
ilícito civil, y en ocasiones, cuando la conducta está tipificada, pasa a ser parte  
constitutiva del ilícito penal. No nos parece acertado el criterio de SALCEDO  
VERDUGA al plantear que el delito, en todo caso, configura un supuesto de  
responsabilidad penal,<sup>104</sup> pues bien pudiera suceder que un acto realizado con la  
intención de causar daño no llegue a estar tipificado por las normas penales y por  
tanto, no pueda ser sancionado como delito penal, quedando en este caso, en la  
consideración de un mero delito de naturaleza civil. Al respecto se pronuncia, con  
una posición mucho más razonable ORAMOS CROSS, quien en relación al vínculo  
entre la culpa y los ilícitos civiles plantea: «Generalmente se asevera que tal  
relación es inequívoca y permanente, posición que dista de ser la adecuada. La  
culpa puede atraer también en ciertos casos, responsabilidad penal, por la cual es  
preferible aseverar que de un hecho culposo puede nacer un ilícito civil con su  
carga de responsabilidad civil o un ilícito penal con su carga de penalidad y  
responsabilidad; otra cosa, muy distinta, es que la culpa solo, excepcionalmente,  
sea considerada como factor determinante de un ilícito penal.»<sup>105</sup>

En relación a las normas aplicables a los casos de responsabilidad por mala  
práctica médica en nuestro país, ha dicho el Juez GARCÍA RAMÍREZ en el voto  
razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el  
*Caso Alban Cornejo y otros* (Ecuador), el 22 de noviembre de 2007: «...». El tema  
de la mala práctica -que de nuevo se conecta con cuestiones éticas y técnicas-  
surge con intensidad y frecuencia. Para enfrentarlo es preciso contar con  
disposiciones que cubran tanto la prevención como la verificación y la  
reclamación, que pudieran desembocar en punición. Expedir ese aparato  
normativo, también constituye un deber específico del Estado, arraigado en la

<sup>104</sup> Cfr. SALCEDO VERDUGA, Ernesto: *La responsabilidad civil* Op cit.

<sup>105</sup> ORAMOS CROSS, Alfonso: Responsabilidad civil: orígenes y diferencias respecto a la  
responsabilidad penal. p. 64. Archivo personal.

que establecen los tratados internacionales de  
responsabilidad sanitaria le incumbe.<sup>106</sup>

La Ley Orgánica de Salud es clara al conceder, en su artículo 199, facultades a la autoridad sanitaria nacional para proceder a la condena de práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, dejando expedita la acción de la justicia ordinaria en aquellos casos que se requiera; por supuesto en esta situación queda incluida la vía civil como espacio de exigencia de responsabilidad cuando sea procedente. También la aludida Ley dedica espacio a esclarecer qué se considerará como infracción en el ejercicio de las profesiones de salud a los fines de ser sancionado, incluye en este caso los actos no justificados en los que se cauce un daño resultado de inobservancia de las normas, impericia, imprudencia o negligencia.<sup>107</sup> Por último dispone, en su artículo 203, la corresponsabilidad del servicio de salud donde trabaje el profesional que causó el daño.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud es el principal cuerpo normativo que regula el ejercicio de las profesiones médicas, afines y conexas, y al ser éste una ley especial, la autoridad competente para juzgar las infracciones que se cometan en esta área serán en su orden: comisarios, jefes provinciales, directores regionales, Subdirector Nacional, director Nacional y Ministro de Salud. Estas autoridades podrán actuar en base a una denuncia o de oficio, pero sí constituye delito, remitirán la investigación a la autoridad competente que será el fiscal o juez de lo penal. Toda infracción sancionada por la Ley de Salud y sus reglamentos, será condenada, sin perjuicio a sanciones civiles, administrativas o penales a que

<sup>106</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio en el voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Alban Cornejo y otros* (Ecuador), el 22 de noviembre de 2007. Archivo Personal.

<sup>107</sup> Artículo 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.

reclamaciones mencionadas ante las diversas  
presentarse una queja ante la Defensoría del Pueblo,  
para que investigue sobre la violación del derecho fundamental, cuando estén  
involucrados particulares que prestan el servicio público de salud.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que dicho organismo no tiene poder  
coercitivo, no dicta sentencias, ni impone sanciones sino que puede promover o  
patrocinar la acción de amparo, defender y excitar la observancia de los derechos  
fundamentales que la Constitución garantiza, como es la salud, y observar la  
calidad de los servicios de salud públicos.

#### **4.2 Alcance y significado del artículo 54 de la Constitución de la República en sede de responsabilidad civil médica.**

La Constitución de la República del Ecuador contiene principios relevantes que  
protegen a la persona como individuo y frente a una sociedad llena de prejuicios e  
irregularidades en diversos campos, uno de ellos es en el campo profesional del  
médico. El principio constitucional que garantiza la responsabilidad civil del médico  
en Ecuador se encuentra consagrado en el artículo 54, el cual en forma textual  
manifiesta ~~La~~ las personas o entidades que presten servicios públicos o que  
produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y  
penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del  
producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad  
efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de sus  
profesión, arte u oficio, especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida  
de las personas.+

Esta normativa constitucional expone de manera diáfana y genérica, la  
responsabilidad en que incurrir las personas por la mala práctica en el ejercicio  
de sus funciones y la prestación de los servicios como profesionales. Aplicando  
esta regla general al caso que nos ocupa, el médico tiene responsabilidad por la

la agravante prevista en el citado artículo *in fine* misma de su profesión, se pone en peligro la integridad o la vida de la persona.

La presencia de este artículo en la Constitución ecuatoriana, deviene protección eficaz del derecho de los particulares y fundamento legal para justificar la exigencia de responsabilidad al médico ante su mala praxis; basado ello en la consideración de la Constitución en nuestro país como norma de aplicación directa y cúspide en la pirámide de Kelsen, al ordenar jerárquicamente, la aplicación de los diferentes cuerpos normativos a casos concretos. En correspondencia con esto el artículo 426 declara la sujeción de todas las personas, autoridades e instituciones al texto constitucional y el deber de juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos de aplicar directamente las normas constitucionales. Por su parte el artículo 425 de la Carta Magna establece el orden de prelación que se debe observar para la aplicación de las normas y coloca en primer lugar a la Constitución por sobre cualquier otro cuerpo jurídico, incluso los tratados y convenios internacionales.

La responsabilidad civil del médico en Ecuador, en particular, no se encuentra normada en forma expresa en ninguna norma, por lo que es imprescindible para encontrar su fundamento el análisis e interpretación extensiva que anteriormente se ha propuesto.

### 4.3 El daño y su resarcimiento en el Código Civil.

El concepto médico-legal de latropatogenia muchas veces se considera como sinónimo de *culpa médica* o de *mala praxis*, cuando es un concepto que debe reservarse a los casos en que, pese a haber actuado con atención, cuidado y conforme con las circunstancias del caso, la prestación asistencial causó daño.<sup>108</sup> Así, tanto el ya mentado error médico, como lo que en un inicio se conoció como iatrogenia, denominación más usada entre los médicos, se constituyen situaciones

<sup>108</sup> Vid. SANTANA SANTANA, L. y A. BENÍTEZ RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad* + *cit.*, p. 42.

responsabilidad civil o penal, dependiendo de la  
convergencia de sus actuaciones.

Según manifiesta el concepto, la iatrogenia se manifiesta en el paciente al producirse alguna alteración de su salud como resultado o efecto negativo de una acción correcta, adecuada, incluso, la indicada; *Vgr:* la herida que resulta del bisturí; el dolor que ocasiona la inyección; la pérdida de conciencia, a consecuencia de la anestesia, por citar tan solo las más sencillas. El daño es la consecuencia negativa de un acto incorrecto, errático, negligente o imperito, por tanto, sí comporta responsabilidad civil para el médico.

Lo anterior corrobora que el acto médico, para acarrear responsabilidad civil, también en Ecuador, requiere que sea culposo y traer consigo como efecto la producción de un daño. Tan desarrollado como se expresa este concepto por el Código Civil argentino<sup>109</sup>, no se halla en la legislación nacional; en tanto solo se limita a refrendar el alcance de la indemnización, que comprende el daño emergente y el lucro cesante, así como los obligados a resarcirlo y, sin nombrarlo expresamente, la distinción entre daño material y daño moral.

En virtud del artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano procede la indemnización de perjuicios, que incluye el daño emergente y el lucro cesante, en aquellos casos de incumplimiento de la obligación, cumplimiento imperfecto o retardado. Para los supuestos en que el médico, como consecuencia de su mal proceder, ha causado un daño al paciente, pudiera entenderse que ha cumplido imperfectamente lo debido; pues si bien su obligación es de medios y no se compromete a obtener un resultado específico, sí asume la responsabilidad de realizar todos los actos debidos que puedan redundar en la consecución de ese fin. Por otro lado, ha quedado puntualizado que el médico actúa directamente sobre la persona en su sentido físico, ello provoca que los daños que se suscitan por su malpraxis sean

---

<sup>109</sup> Artículo 1069 del Código Civil argentino: *El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses.* Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuera equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuera imputable a dolo del responsable. +

...os de los derechos inherentes a la personalidad, corporal, el derecho a la vida; incluso ha sido comprobado, que nada impide para que se configuren daños a la intimidad o al honor del paciente en aquellos casos en que el galeno traiciona la confianza que el enfermo pueda haber depositado en él. El propio artículo citado, en su tercer párrafo, exceptúa de esa extensión de la indemnización (daño emergente+lucro cesante) los supuestos de indemnización del daño moral previstos en el Título XXXIII del Libro IV; integrando entonces ambos análisis podemos concluir que el precepto 1572 no resulta aplicable a los casos de responsabilidad jurídica civil del médico.

Ahora bien, según el artículo 2216 es claro que el médico, si ha causado el daño, es el responsable de indemnizarlo y en aquellos casos que no sea posible, la obligación se transmitirá a sus herederos. Aunque la norma no esclarece la presencia de estos últimos con carácter estrictamente subsidiario, así debe ser entendido. Además el precepto 2229 prevé que el daño imputable a malicia o negligencia de una persona obliga a esta a repararlo. Incluso, de la letra del artículo 2217 se puede colegir la solución para aquellos casos en que el daño sea causado por un *team* o grupo de médicos, aquí la responsabilidad deberá ser exigida solidariamente a todos los actuantes y se atenderá a las reglas del Título IX ~~De~~ de las obligaciones solidarias+del Libro IV del Código Civil ecuatoriano.

Siguiendo con la sistematización a las normas del cuerpo jurídico antes citado, encontramos el artículo 2231 que establece los derechos que asisten a aquellos que reciban imputaciones injuriosas contra la honra el crédito, hipótesis que no nos son útiles a los efectos de los análisis que ahora realizamos. Pero en el siguiente precepto también se admite el derecho a la demanda de indemnización pecuniaria para aquellas personas que han sufrido daños meramente morales y no queden incluidas en el artículo precedente. En este caso la petición de indemnización debe ser consecuente con la gravedad del perjuicio y la falta. Vale en este punto señalar que nuestra legislación, a diferencia de la cubana, ha acogido las corrientes más modernas que admiten la indemnización económica o pecuniaria

criterio de RODRÍGUEZ CORRÍA: hoy se entiende

el daño moral se presenta cuando se combinan acertadamente la reparación *in natura* y el resarcimiento pecuniario, logrando que el dinero sirva como medio de compensación y satisfacción, nunca de equivalente, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.<sup>110</sup> Esta postura no es cuestión de moda ni de imitación, sino de atemperar los preceptos a la realidad jurídica que se vive, y que exige, no una mera adaptación de la norma al supuesto que se trata, sino la defensa cada vez más, completa e integral, de la persona y por tanto de los derechos del paciente. Volviendo a las regulaciones del artículo 2232, este señala que están especialmente obligados a indemnizar los que, entre otros males, causen lesiones, sufrimientos físicos o psíquicos como angustias o ansiedad; este es sin dudas el caso en el que pudiera encontrarse un médico.

El daño moral se configura ante la violación de los derechos que protegen la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del espíritu, la privacidad, la libertad individual, la integridad física y las afecciones legítimas como: el honor, la honra, etc. El daño moral es una especie de agravio asociado a la violación de alguno de los derechos personalísimos. Es de índole esencialmente subjetiva (aunque en casos como el derecho a la integridad física, la lesión es visible) y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, por lo tanto la apreciación pecuniaria de este debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del Juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ser axiomáticamente evaluado.

La fijación del *quantum indemnizatorio*, en atención a la función que cumple el dinero en materia de reparación del daño moral, resulta difícil, corresponde a los tribunales concedores de casos específicos determinarla a partir de las pruebas que le sean aportadas por las partes. Esta intervención judicial requiere un alto nivel de preparación de los jueces, los que en el ejercicio de la justicia como verdadero arte de lo bueno y lo equitativo, deben actuar ajustados a la más real imparcialidad.

<sup>110</sup> Vid. RODRÍGUEZ CORRÍA, R., *El daño moral* cit., p.96.

de la Ley N° 171, de fecha 4 de Julio de 1984,  
del Título XXXIII "De los delitos y cuasidelitos", del Libro

Cuarto del Código Civil ecuatoriano y de esta forma se amplió el campo de acción para exigir la reparación en la vía judicial a quien ocasione daños morales, consignándose las normas de dichos segmentos del Código de la manera comentada *supra*. Esta amplitud de posibilidades, lógica y naturalmente, desencadenó numerosos procesos judiciales reclamando indemnización por daño moral, muchos de ellos incluso sin ninguna razón ni justificación, lo que dio lugar a la publicación de múltiples comentarios jurídicos, algunos de sumo interés, analizando el nuevo esquema legal.

Para determinar cuándo es procedente demandar con fundamento la indemnización por un daño moral nacido de cualquier acto, incluido los actos médicos, se debe precisar cuál es el sustento legal del derecho del afectado. Solo así se conseguirá enfocar correctamente el fondo o esencia jurídica más importante de la cuestión. Al respecto, lo que debe mantenerse presente y señalarse a todas luces es que el derecho a exigir indemnización, por parte de quién ha sufrido un daño moral, existe estrictamente cuando ese daño es consecuencia de un delito o cuasidelito civil (así mismo opera para el delito doloso o culposo en lo penal).

Por tanto, hay que recordar que las referidas normas legales sobre la indemnización por daño moral introducidas en el Código Civil por la Ley N° 171, al igual que las que ya existían antes de la expedición de la indicada Ley, forman parte del Título XXXIII "De los Delitos y Cuasidelitos", lo que nos conduce a realizar el siguiente análisis jurídico:

➤ Es indispensable esclarecer el concepto de delito y cuasidelito, que es el acto o hecho del hombre, voluntario o intencional en la producción del daño (delito) o involuntario en la intención de causar el daño (cuasidelito), que quebranta la norma jurídica; en consonancia con el artículo 2184 del Código Civil patrio.

delitos o cuasidelitos, causan un daño genéricamente material o moral y es entonces que existe el derecho, en el afectado, para reclamar indemnización de perjuicios.

➤ Pero, si alguien sufre un daño moral y no es como consecuencia de un delito o cuasidelito, esa persona carecerá acciones para exigir indemnización.

En síntesis, no siempre que una persona sufre un daño moral estará legitimada o tendrá derecho a proponer acción judicial reclamando indemnización. La acción solo procederá cuando exista un nexo causal entre el daño moral y un delito o un cuasidelito. De modo que en sede de responsabilidad jurídica civil por daño moral, el Código Civil ecuatoriano se afilia a una tesis enteramente subjetiva, exigiendo para su configuración la culpabilidad, en mayor o menor medida, como requisito *sine qua nom*. De tal suerte y siendo moral el daño que se deriva de la *mala praxis* médica, la responsabilidad jurídica civil que se puede exigir al galeno es de naturaleza subjetiva. Esta conclusión aporta muchos elementos, sobre todo en materia procesal.

A partir de ahí y respecto al tema probatorio, debe tenerse en cuenta que el *onus probandi* en principio y generalmente corresponderá al paciente, que es la víctima. Es este además quien, a tenor del artículo 2233 está legitimado, por si o por representante legal, para ejercitar la acción por daño moral; sin perjuicio de que sea ejercitada por otras personas en los casos previstos en el propio artículo. Corresponde al lesionado probar que el médico no ha actuado con la debida diligencia o ajustado a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Sin embargo, cuando el resultado dañoso es calificado de desproporcionado se presume que este fue a causa de un actuar negligente del profesional y por tanto, se produce una inversión de la carga de la prueba, entonces toca ahora al médico probar que su conducta se ajustó a la máxima diligencia que demandaba la situación concreta. Este último supuesto ha sido esgrimido por la llamada teoría de la culpa virtual y como bien apunta PILLO ALONSO<sup>111</sup>, no debe ser considerado como un supuesto de

<sup>111</sup> Vid. PILLO ALONSO, J. A., *La responsabilidad civil extracontractual* + cit., pp. 129.

responsabilidad médica, sino más bien una garantía para que el facultativo que debe actuar del facultativo que devenga obvio y manifiesto su irrespeto e inconsecuencia con la profesión propia en la que ha violado todo criterio que aduce la *lex artis ad hoc*.

La gratuidad de la relación médico-paciente, en aquellos casos en que los servicios se prestan en el orden público, no constituye obstáculo para exigirle al médico responsabilidad jurídica civil, más bien, la observancia de las normas jurídicas podría ayudar a atacar el criterio de aquellos que consideran la medicina socializada como mediocre y de baja calidad, fundando argumento válido para esgrimir causas concretas que permitan legitimar la institución que se analiza. Además, si tanto en el ejercicio privado de la medicina como en su carácter público se pueden verificar supuestos de responsabilidad jurídica civil, en los que los presupuestos teóricos-doctrinales que se viene analizando solo varían en la idea de concebir como contractual o no la relación jurídica obligatoria que entraña, estaríamos en presencia de otro argumento muy necesario y antagónico a las consideraciones actuales, que amparadas en el fenómeno económico de la globalización y los vicios del capitalismo consumista por excelencia, tienden a aumentar la privatización de los servicios.

El daño que produce el médico con su actuar afecta las zonas más sensibles del paciente o sus parientes más próximos, es la doctrina del ***doloris pretium***. Por ellos resulta harto complicado establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y en su caso, en qué medida o intensidad ha sido como consecuencia del hecho dañoso.

## 5. Consideraciones finales.

Aún cuando se ha encontrado que las normas del Libro IV De las obligaciones y los contratos en general+, específicamente el Título XXXIII De los Delitos y cuasidelitos+del Código Civil ecuatoriano vigente resultan aplicables en materia de responsabilidad jurídica civil del médico, todavía el Derecho Positivo, la

La responsabilidad civil médica presenta grandes deficiencias en el tratamiento de los casos de responsabilidad civil médica. Los aspectos más acuciantes que asumen, los que de manera más o menos explícita han quedado señalados a lo largo de la investigación que hemos presentado. Puede afirmarse que al amparo de la legislación antes citada, aquella que la complementa y que hemos expuesto *supra* y los criterios teóricos aquí volcados, la responsabilidad civil del médico en Ecuador sustenta su exigencia en el criterio subjetivo, que requiere de la presencia ineludiblemente de un elemento intencional en el actuar del que produce el daño; al cual se le ha reconocida naturaleza moral.

Aspectos como la fijación del *quantum indemnizatorio* y la medida del daño, son cuestiones imprecisas todavía en su apreciación por los tribunales, dada la carga de subjetividad que cada una de ellas encierra. La carga de la prueba, aunque es un instituto que no debe tener su tratamiento en el orden jurídico sustantivo que se analiza, sino en las disposiciones procesales al efecto, puede constituirse, al menos desde una consideración prematura del tema, situación que al igual que las anteriores, redunde barrera para conseguir los criterios de equidad y justicia que pretendemos conseguir con nuestro Derecho y por consiguiente con la exigencia de responsabilidad civil al médico en Ecuador. También hay que someter a análisis en nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que no en todo caso, cuando una persona sufre un daño moral, puede exigir indemnización y solo procederá si la fuente es un delito o cuasidelito. Así, tampoco es posible la indemnización del daño moral si se ha causado por culpa o descuido levísimo.

Sabemos que los análisis aquí realizados encontrarán afectos y detractores entre los colegas de las ciencias jurídicas y más allá, en aquellos que ejercen la medicina y que podrán considerar que invadimos su espacio emitiendo juicios sin conocer a fondo la profesión, pero asumimos este riesgo en aras del perfeccionamiento de nuestra ciencia y los criterios aquí expresados solo buscan, en alguna medida, contribuir al perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico e ir abriendo paso en las mentes de aquellos juristas y médicos, que tengan su atención centrada en el digno ejercicio de sus profesiones.

## CONCLUSIONES

1. La responsabilidad civil en la actualidad ha cedido espacio de análisis a la responsabilidad profesional. Los análisis realizados en este material nos permiten concluir que la responsabilidad civil del médico, es la obligación de naturaleza contractual o extracontractual que este asume al causar daños al paciente como consecuencia de su actuar mediando algún género de culpabilidad en el ejercicio de su profesión. Así, constituye la teoría subjetiva o espiritualista, el fundamento para la apreciación o exigencia de esta al médico.
2. La *lex artis ad hoc* y el consentimiento informado, constituyen pilares básicos en la apreciación de responsabilidad civil para el médico. Estos institutos jurídicos encuentran desarrollo en mayor o menor medida en nuestro ordenamiento jurídico.
3. El Código Civil ecuatoriano no regula la institución de la relación jurídica como centro del Derecho Civil, lo que dificulta la determinación de la naturaleza jurídica atribuible al vínculo que se establece entre el médico y el paciente, y a partir de ahí los caracteres de la responsabilidad jurídica civil que se deriva del actuar culposo de un galeno, que ocasione daño a una persona.
4. La responsabilidad jurídica civil del médico en Ecuador tiene carácter subjetivo y puede ser contractual o extracontractual, en dependencia de la naturaleza privada o pública de la entidad que preste el servicio de salud; no obstante, en todo caso le son aplicables las normas contenidas en la Constitución en su artículo 54 y el Código Civil patrio ubicadas en el Libro IV ~~%~~De las obligaciones en general y de los contratos+, Título XXXIII: ~~%~~De los delitos y cuasidelitos+.



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using *libilidad*  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

Washington Fernando Calvopiña Vargas  
José Luis Chipugsi Alban

## **RECOMENDACIONES**

1. A la Asamblea Nacional:

Que como órgano legislativo, en futuras modificaciones al Código Civil se incluyan expresamente preceptos encaminados a regular la relación jurídica y la responsabilidad jurídica, como instituciones autónomas y trascendentes en el Derecho Civil.

2. A las autoridades sanitarias:

Que como parte de los planes de capacitación que debe establecer para los profesionales de salud, incluya temas relativos a los que en esta investigación se tratan; para actualizar a los profesionales de las ciencias médicas con las corrientes más modernas que al respecto se están esgrimiendo y que directamente les afecta.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Fuentes doctrinales:

- BARREIRO RAMOS, Héctor *et al.*, *La Responsabilidad profesional del médico*, en *Revista Cubana de Medicina General Integral*, 2005. [http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21\\_1-2\\_05/mgi231-205t.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21_1-2_05/mgi231-205t.htm). Consultada el 15 de junio de 2009.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina, 2008.
- Comentarios de sentencias sobre *lex artis ad hoc*, [http://www2.uhu.es/elena\\_lópez/foro6/disc1/00000040.htm](http://www2.uhu.es/elena_lópez/foro6/disc1/00000040.htm). Consultada el 16 de julio de 2009.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Reproducción realizada en Cuba en Marzo de 2006, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Por una nueva ética*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo Y Javier SÁNCHEZ CARO, *Consentimiento informado*, en <http://www.aeds.org/consenti.htm>. Consultada el 5 de abril de 2009.
- DÍAZ LÓPEZ, Aliani, *El Perfeccionamiento del Título XIII de la Ley de Medio Ambiente*, (Tesis en opción del Título de Lic. Derecho, Julio 2002), Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
- DÍAZ LÓPEZ, ALIANI, *La Responsabilidad jurídica civil del Médico en Cuba: presupuestos teórico-doctrinales* (Tesis en opción al grado Especialista en Derecho Civil), noviembre 2008 (En formato digital, consultado en el archivo personal de la Esp. Aliani Díaz López, Jefa de la Disciplina de Derecho Civil y Familia en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río, Profesora principal de Derecho Civil. Parte General y Notaria).
- DÍAZ PAIRÓ, Antonio, *Teoría general de las obligaciones*, Volumen-II, Publicaciones y materiales educativos, México, DF, 1997.
- DIEZ PICAZO, Luis Y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- DOBLER LÓPEZ, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio médico*, Editorial El Manual Moderno, México, 1999.

2009).

- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio Carreras Cuevas y Rosa María Yáñez, *Manual de Derecho Romano*, Empresa Especialidades Gráficas, 2002.
- \_\_\_\_\_ Formación en responsabilidad profesional en <http://www.aeds.org/responsa1.htm>. Consultada el 10 de mayo de 2009.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Samuel, *Error y Negligencia Médica (Estudio Socio-Jurídico)*. (En formato digital, consultado en el archivo personal del Dr. Reinerio Rodríguez Corría, Vicedecano de Investigación y Postgrado en la Universidad de Las Villas y Profesor principal de Derecho Civil. Parte General).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio en el voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Alban Cornejo y otros* (Ecuador), el 22 de noviembre de 2007. Archivo Personal.
- GONZÁLEZ MENÉNDEZ, Ricardo, *La relación médico-paciente y su significado en la formación profesional*, [http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17\\_4\\_03/ems02403.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol17_4_03/ems02403.htm). Consultada el 18 de mayo 2009.
- JARA ALVARADO, José River. Estudio cualitativo sobre la aplicación del consentimiento informado en la práctica anestesiológica en el hospital Enrique Garces de la ciudad de Quito. Archivo personal.
- LABARRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. *Contrato de Atención médica*. Revista de Derecho Privado Año I, Numero III. Septiembre-Diciembre 2002. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- LAROUSSE: *Diccionario Ilustrado de la lengua española*, Decimocuarta edición, Ediciones Larousse S.A. de C.V, 2008.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*, consultado en formato Word en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimientoinformado.html>. Consultada el 5 de abril de 2009.
- MARTÍ PÉREZ, José J., *Galería del Senado*, Revista Universal, México, 12 de octubre de 1875, Obras Completas. Edición Crítica, Centro de Estudios Martianos, 1985, t. 2.
- MONTERROSO CASADO, Esther, *Diligencia médica y Responsabilidad civil*, (Artículo en PDF) <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/diligencia%20Medica%20y%20R%20Civil.PDF>. Consultado el 5 de abril de 2009.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil del médico. Seguros y responsabilidad civil*, 1ª Reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1985.

a C. y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría general  
rios al Código Civil Cubano*, Editorial Félix Varela,  
La Habana 2000.

- ORAMOS CROSS, Alfonso: Responsabilidad civil: orígenes y diferencias respecto a la responsabilidad penal. Archivo personal.
- ORDÓÑEZ, María Victoria, Especialista en Derecho Procesal, *El Mundo Real Del Profesional De La Salud, La responsabilidad médica en el Ecuador. Consultado en [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3325&Itemid=426](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3325&Itemid=426)* el 17 de mayo del 2009.
- PELAYO PARDOS, Santiago, *Comentarios a la Sentencia de 12 de enero de 2001 de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español*, consultado en, [http://www.aeds.org/jurisprudencia/ts\\_12012001\\_comentario.htm](http://www.aeds.org/jurisprudencia/ts_12012001_comentario.htm). Consultada el 5 de abril de 2009.
- PILLO ALONSO, José A., *La responsabilidad civil extracontractual del profesional de la salud en el ejercicio de la medicina en Cuba* (Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, formato Word, La Habana, 2004).
- PUIG FERRIOL, Lluís, *et al., Manual de Derecho Civil.*, tomo-II., Marcial Pons, Madrid, 1996.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, tomo-I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- RODRÍGUEZ CORRÍA, Reineiro, *El daño moral y su reparación en el Código Civil cubano* (Tesis de doctorado, formato Word, Mayo de 2003), Profesor Principal de Derecho Civil y Familia, en la Universidad Martha Abreu de Las Villas.
- RODRÍGUEZ SILVA, Héctor, *La relación médico-paciente*, en *Revista Cubana de Salud Pública*, oct-dic., 2006, vol. 32, no. 4, en: [http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21\\_1-2\\_05/mgi231-205t.htm](http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21_1-2_05/mgi231-205t.htm). Consultada el 17 de mayo de 2009.
- SALCEDO VERDUGA, Ernesto: *La responsabilidad civil y penal por mala praxis profesional.* Consultado en: <http://www.diariocorreo.com.ec/archivo/2007/08/09/mala-practica-medica> el día 4 de junio de 2009.
- SANTANA SANTANA, Liyanis Y Anna BENÍTEZ RODRÍGUEZ, *La Responsabilidad Médica*, (Tesis en opción al grado de Lic. Derecho, Junio 2002), Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad, *et al., Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- VILLABELLA ARMERNGOL, Carlos M., *Selección de Constituciones Iberoamericanas*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon7.pdf>. Consultada el 16 de julio de 2009.

## II. Fuentes legales:

- Constitución de la República de Cuba, proclamada el 24 de febrero de 1976, modificada por las leyes de 28 de junio de 1978 y de 12 de junio de 1992, Leyes de Reforma Constitucional. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, no. 7 de 1 de agosto de 1992.
- Constitución de la República del Ecuador de 28 de septiembre de 2008.
- Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869 [edición al cuidado del Dr. RICARDO DE ZAVALIA], Buenos Aires, 1996.
- Código Civil de Cuba, Ley No. 59 de 16 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Código Civil de la República de Ecuador, Séptima Edición, Codificación Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970, actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, S. L.
- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1988, 16ta ed., Ed. Civitas Madrid, 1993.
- Código Penal de Ecuador. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.
- Ley No. 41 de 15 de agosto de 1983, Ley de Salud Pública, en VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Compendio de Legislación Ambiental*, T-I, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- Ley Orgánica de Salud. Ley 67. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud. Ley No. 80. Registro Oficial 670 de 25 de septiembre de 2002.
- Ley de Derechos y Amparo al paciente. Ley No. 77. Registro Oficial Supremo 626 de 3 de febrero de 1995.
- Ley Reformada y Codificada de la Federación Médica Ecuatoriana para el ejercicio, perfeccionamiento y defensa profesional. Decreto Supremo No. 3576-A. Registro Oficial Suplemento 876 de fecha 17 de julio de 1979.

## III. Jurisprudencia Consultada:

- Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid en fecha 23 de marzo de 2001.
- <http://www.sedim.es/archivosword/Responsabilidad%20Civil.doc> (Consultada el 16 de mayo de 2009).



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using *libilidad*  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

*Washington Fernando Calvopiña Vargas  
José Luis Chipugsi Alban*

9 dictada por el Tribunal Supremo Español.  
de abril de 2009, en:

<http://www.aedus.org/jurisprudencia/sentvegeta.htm>