

38

RESPONSABILIDAD MÉDICA POR MALA PRAXIS, ANÁLISIS EN LA EDUCACIÓN DE MÉDICOS Y ABOGADOS DEL ECUADOR

MEDICAL LIABILITY FOR MALPRACTICE, ANALYSIS IN THE EDUCATION OF PHYSICIANS AND LAWYERS IN ECUADOR

María Auxiliadora Santacruz Vélez¹

E-mail: maria.santacruz@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9617-7289>

Juan Carlos Álvarez Pacheco¹

E-mail: jalvarezp@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7019-9129>

Juan Carlos Pérez Ycaza¹

E-mail: juan.perezy@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1569-1898>

Sergio Hernando Castillo Galvis¹

E-mail: sergio.castillo.26@ucacue.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1196-4748>

¹ Universidad Católica de Cuenca. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Santacruz Vélez, M. A., Álvarez Pacheco, J. C. Pérez Ycaza, J. C., & Castillo Galvis, S. H. (2023). Responsabilidad médica por mala praxis, análisis en la e Educación de Médicos y Abogados del Ecuador. *Revista Conrado*, 19(91), 350-357.

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la mala práctica médica acarrea la responsabilidad civil, penal y administrativa del médico que incurre en ella. El objetivo de la presente investigación fue determinar el alcance de la misma, con la finalidad de determinar si efectivamente las normas actuales permiten garantizar una reparación integral a las víctimas de mala práctica médica y sus familiares. Para ello fue empleado el método cualitativo, se realizó una recopilación, revisión, análisis, lectura sistemática e interpretación de la información obtenida de fuentes normativas y doctrinarias. Los resultados de la presente investigación reflejan que la normativa actual permite que se garantice la reparación integral de las víctimas cuando se trata de daño material; sin embargo, es insuficiente con respecto al daño inmaterial.

Palabras clave:

Mala práctica médica, responsabilidad civil, daño material, daño inmaterial, reparación integral.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, medical malpractice entails civil, criminal and administrative liability for the physician who commits it. The objective of this research was to determine the scope of the same, with the purpose of determining if the current norms effectively allow guaranteeing a comprehensive reparation to the victims of medical malpractice and their families. For this purpose, the qualitative method was used, and a compilation, review, analysis, systematic reading and interpretation of the information obtained from normative and doctrinal sources was carried out. The results of this research show that the current regulations guarantee full reparation for the victims when it comes to material damage; however, it is insufficient with respect to non-material damage.

Keywords:

Medical malpractice, civil liability, material damage, immaterial damage, integral reparation.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a Del Brutto (2018), la responsabilidad civil del médico por mala práctica médica, se encuentra regulada por el Código Civil y puede ser de dos tipos: contractual o extra contractual (Riveros, 2019). La primera es aquella que se produce cuando *“el médico actuó con el consentimiento del paciente o de su representante, como si se llega a un acuerdo verbal sobre un tipo de procedimiento quirúrgico, entonces hay contrato y la responsabilidad será contractual”*. (Del Brutto, 2018, p.79)

Y la segunda se produce cuando: *“el médico actúa sin el consentimiento del paciente o de su representante, como si atiende al paciente en estado de inconciencia y sin el consentimiento de su representante, entonces habrá responsabilidad extra-contractual”*. (Del Brutto, 2018, p.79)

Es importante mencionar, que conforme el Art. 203 de la Ley Orgánica de Salud, los servicios de salud son responsables civilmente por las actuaciones de los profesionales de salud que trabajan en estos.

Además, cabe indicar que según Del Brutto (2018), para que proceda la responsabilidad civil del médico por mala práctica médica, es necesario que se cumplan tres requisitos: actuación dolosa o culpable del médico, daño al paciente, y relación de causalidad entre dicha actuación y el daño. A continuación, cabe hacer un breve análisis sobre cada uno de ellos.

En este punto es necesario hacer referencia a los conceptos de dolo y de culpa y a sus respectivas pruebas. Según el Art. 29 del Código Civil ecuatoriano, el dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro (Ecuador. Asamblea Nacional, 2005).

Del Brutto (2018), refiere que la prueba del dolo es complicada debido a que implica demostrar la intención subjetiva del médico. Y precisa que en el Ecuador no existen casos en que la Corte Nacional de Justicia haya determinado la responsabilidad civil de un médico por dolo. Esta situación, sin embargo, no elimina la posibilidad de que en un caso concreto el actuar del Médico sea doloso y que el acto médico sea el medio por el cual surja un daño

Mientras que la culpa, conforme Del Brutto (2018), consiste en no obrar con la diligencia debida y está determinada por la *lex artis*. Señala que para decidir si un médico obró con culpa, debe realizarse una comparación entre la actuación realizada por este y la actuación que hubiera tenido un médico que cumple con la *lex artis*, pero siempre considerando las circunstancias específicas del caso en concreto. A manera de ejemplo señala que no se puede comparar la forma de actuar de un médico que ejerce

su trabajo en situaciones precarias con la de aquel que lo hace valiéndose de equipos de última tecnología.

Con respecto a la prueba de la culpa, indica que se debe probar la desviación de la *lex artis* recurriendo al criterio profesional de otros médicos o a hechos que patenten la culpa. Como ejemplo del primer supuesto, hace referencia al caso Fiscalía del Ecuador vs. Serrano en el cual la culpa fue probada con el peritaje de un grupo de médicos que determinó que no debía realizarse la cirugía debido a que no se trataba de un tumor. Y como ejemplo del segundo supuesto, se refiere al caso Ecuador vs. Tapia, en el cual un médico olvidó una gasa al interior de un paciente durante una intervención quirúrgica y a criterio de la Corte Suprema, el haber realizado aquello, patentiza falta de previsión, insólita y censurable, al igual que ausencia de mínima precaución.

A diferencia del dolo, en donde se debe probar la existencia positiva de una intención de irrogar injuria al paciente, la culpa tiene la característica de ser la ausencia de una conducta exigible y verificable, conforme al artículo 29 del Código Civil (Ecuador. Asamblea Nacional, 2005).

Es decir, la culpa es la contraparte negativa de una responsabilidad ausente en el caso concreto, definiendo el mencionado artículo 29 del CC la existencia de una culpa grave, negligencia grave, o culpa lata cuando el agente (el Médico) no actúa ni con el mínimo de diligencia exigible para el acto médico en análisis equivalente esta al dolo; por su parte la culpa leve, descuido leve, o descuido ligero, se presenta cuando no ha existido la diligencia o cuidado ordinario o mediano en el acto estudiado; finalmente la culpa o descuido levísimo, es cuando no existe en el caso concreto evidencia de una suma diligencia o cuidado exigible (Perin, 2022).

La mencionada diferencia entre la conducta positiva para el dolo y la conducta negativa para culpa tiene su importancia práctica en especial en los casos prácticos en donde, para el caso de la culpa, se debe demostrar que existía un nivel de exigencia de conducta de parte del agente (el Médico) y que esto no fue cumplida por el agente (el Médico). Así, para casos concretos se deberá alegar y demostrar que existía una exigencia de conducta mínima, media o elevada (para que su ausencia sea calificada como culpa grave, leve o levísima respectivamente), y que ello no se llevó a cabo.

Por si sola, para asunto de materia civil, la conducta dolosa o culposa de un Médico, no reporta responsabilidad de este para con el paciente si a raíz y por razón de esta conducta no se ha producido un daño objetivo, verificable, y evaluable en el paciente y sus bienes. Así, puede suceder el caso de una conducta culposa de un Médico,

al no seguir un protocolo terapéutico exigible en un caso concreto, pero que a su vez dicha conducta no haya provocado daño al paciente; en este caso se estaría frente a otro tipo de responsabilidades no civiles.

Debemos, por lo expuesto en el anterior párrafo, aclarar que hemos tratado exclusivamente respecto a derecho de daños médicos en el ámbito civil, puesto que a su vez sí puede existir dentro de la relación médico-paciente la posibilidad de reclamar civilmente por el incumplimiento de obligaciones contractuales sin que exista daño en la salud del paciente. Este sería el caso de una cirugía de fines estéticos, no urgente, que ha sido contractualmente contratada pero que no se ha llevado a cabo; el mero incumplimiento de dicho posibilita su acción judicial.

El daño ha sido definido como: *“el detrimento o destrucción de los bienes de una persona, entendiéndose por tales bienes los objetos materiales que puede poseer una persona, o su integridad física, o aquellos elementos espirituales que hacen al goce pleno de su vida.”* (Indalecio, 2003, p. 89)

De acuerdo a Arenas (2017), el daño se clasifica en material e inmaterial. En primer lugar, cabe hacer referencia al daño material. Los daños materiales han sido definidos como: *“aquellos que recaen sobre los bienes materiales que hacen parte de una persona natural o jurídica, como los que alteran la integridad física del ser humano y de los animales, deterioran las cosas inanimadas y en general los que producen una modificación de una situación de naturaleza material.”* (p. 89)

Consecuentemente, de acuerdo a Arenas (2017), la forma de reparar el daño material, es a través de una compensación con un valor económico que se aproxime al monto de la lesión; y el objetivo de dicha reparación es que la víctima quede en la misma situación en la que estaba antes de que sea producido el daño.

En segundo lugar, es necesario indicar que el daño material a su vez puede ser de dos tipos: daño emergente y lucro cesante. El daño emergente consiste en *“la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio.”* (Del Brutto, 2018, p. 80)

En palabras de Arenas (2017), es aquel detrimento que se produce en el momento en el que ocurre el daño. Es decir, es un perjuicio inmediato e implica lesiones físicas o psíquicas de las personas.

De acuerdo al autor, para determinar el valor del daño emergente, debe considerarse la cuantía del daño y los gastos presentes y futuros de la víctima para superar las consecuencias generadas por la lesión que sufrió. Y

precisa, que siempre debe ser examinado cada caso en concreto.

Mientras que el lucro cesante es *“la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado.”* (Del Brutto, 2018, p. 80)

Como indica Arenas (2017), es aquel beneficio que no será producido en el futuro como consecuencia del daño generado. En otras palabras, consiste en un valor económico debió haber ingresado en el patrimonio de la víctima si es que los acontecimientos seguían su curso normal, pero que no ingresó en este, como consecuencia de la lesión producida.

En este punto, de acuerdo al autor, es indispensable tomar en consideración que, si se produce la muerte o lesión de un ser humano, para determinar el lucro cesante, se deben considerar las repercusiones temporales o permanentes para realizar las actividades, específicamente la pérdida o disminución de su capacidad laboral. Y, además, a las personas a cargo de la víctima que han sido afectadas por el daño.

También, es importante indicar que conforme Arenas (2017), ambos tipos de daños materiales deben ser indemnizados, pero sin generar un doble pago. Conforme al artículo 1527 Código Civil ecuatoriano, tanto el daño emergente como el lucro cesante puede provenir de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, incluyéndose también la posibilidad de que la obligación se haya cumplido con retardo. Al aplicar esto al daño sobre la salud y la vida del paciente por actuaciones y omisiones médicas debe recordarse las fuentes de las obligaciones que señala el 1453 del Código Civil incluyen tanto el contrato, el cuasicontrato y la ley (entre otras), lo que implica que para el acto médico será obligatorio cumplir además de lo que acordó en el contrato (en caso de existir), siempre lo que la ley le exige a dicho accionar médico (y reiteramos: en todos los casos incluidos en las relaciones contractuales y extracontractuales) (Ecuador. Asamblea Nacional, 2005).

Por su parte el Art. 1572 exceptúa de las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante las debidas por daño moral; lo que quiere decir que por un lado se indemniza el daño material en las figuras de daño emergente y lucro cesante, y por otro el inmaterial en la forma de daño moral.

En tercer lugar, dentro de este análisis, cabe analizar el daño inmaterial. Según Arenas (2017), implica la afectación de aquellos bienes que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico pero que carecen de contenido

económico, y ataca directamente los sentimientos de las personas.

Este a su vez, ha sido clasificado por la doctrina colombiana en: daño moral y daño a la salud. El primero consiste en: *“la afectación a los bienes de una persona que no tienen significación patrimonial, esto es, que no están sujetos a las reglas del mercado”*. (Del Brutto, 2018, p. 80)

También ha sido definido como: *“aquel que puede afectar tanto a la persona que ha sufrido la lesión como a las personas que la rodean, principalmente a los miembros de su familia y los individuos con quienes haya establecido unos muy fuertes vínculos afectivos”*. (Arenas, 2017, p. 97)

Mientras que el segundo, de acuerdo a Arenas (2017), nació como consecuencia de que sea reconocido un perjuicio más objetivo, claro y que garantice de mayor forma la igualdad de indemnizaciones ante un daño similar. Indica que consiste en una lesión a la salud y que aquello abarca varias esferas de la persona, tanto aspectos físicos como psíquicos.

En cuarto lugar, es importante mencionar que, además, existen otros tipos de daños inmateriales reconocidos en la doctrina colombiana: daño psicológico, perjuicio estético, daño a la honra, daño sexual, daño espiritual, daño a los bienes constitucionalmente o convencionalmente protegidos. No obstante, en el Ecuador, no existe un desarrollo tan profundo en cuanto al daño inmaterial; únicamente se hace referencia al daño moral en amplio sentido.

Esta comparación doctrinaria y legal respecto al daño inmaterial entre Ecuador y otros países tiene importancia debido al hecho de que la figura de daño moral en Ecuador es una institución relativamente reciente en el campo civil ya que data del año 1984, con sanción del Ejecutivo del 13 de junio de dicho año, como Ley 171, publicada el 4 de julio de dicho año. Lo novel de esta institución legal, sumado a la existencia de vías penales para los casos de lesiones y muerte por actos médicos, hizo que no existan líneas jurisprudenciales sólidas respecto al daño moral por actos médicos en Ecuador.

En quinto lugar, cabe indicar que, con respecto a la determinación del monto de los daños morales para la reparación, según Del Brutto (2018), el juez fija un monto considerando el grado de dolor que sufrió la víctima y la gravedad de la falta del médico que provocó el daño.

También precisa que ha sido discutido si el médico debe responder tanto por el daño material (lucro cesante y daño emergente) y por el daño moral. Existe la corriente en contra que sostiene que los contratos son únicamente relaciones patrimoniales y que el Código Civil ecuatoriano

solo regula el daño moral bajo el título de los delitos y cuasidelitos (Ecuador. Asamblea Nacional, 2005).

Mientras que la corriente a favor considera que algunos contratos generan obligaciones referentes a bienes extrapatrimoniales, y varios de estos son más valiosos que los patrimoniales; por ende, si es posible indemnizar lo menos, debe ser indemnizado lo más.

Para fundamentar este argumento, indica que fue promulgada la Ley No. 171 de 1984, la cual *“introdujo la regulación sobre daño moral en el Código Civil, se refiere a la necesidad de una reforma para incluir la indemnización por daño moral en las reglas sobre las indemnizaciones provenientes de delitos y cuasidelitos “y las demás que contienen el citado Cuerpo de Leyes en materia de indemnizaciones”*. (Del Brutto, 2018, p.81)

Y que la Corte Nacional de Justicia ya ha aceptado una demanda por incumplimiento contractual y dispuso que se indemnice por el daño moral ocasionado. Esta discusión tendría como fundamento la tesis de que la fuente de las obligaciones, que hemos señalado más arriba, serían excluyentes entre sí; y si bien esto puede ser cierto para las características de las obligaciones derivadas de los contratos y las derivadas de los delitos y cuasidelitos (ya que no existe contrato válido con fines delictivos), esta exclusión no es necesariamente cierta cuando de manera adicional al contrato emerge por los actos médicos un daño por delito o cuasidelito ejecutado por el Médico parte de un contrato.

MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación se desarrolla desde lo cualitativo, con el estudio teórico de la doctrina y jurisprudencia, a través de revisión de documentos legales y artículos científicos, recolectando información a través de diferentes fuentes documentales, que aporten sobre los temas abordados para analizar la responsabilidad de los médicos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano frente a la responsabilidad médica por mala praxis, análisis en la educación de médicos y abogados del Ecuador.

Para el efecto, se realizó un análisis documental a través de base de datos como Web of Science, Scopus, Virtualex, Vlex, Fiel web, Scielo, entre otras, para obtener información para la investigación planteada. Se aplicó operadores booleanos AND, OR, NOT a la búsqueda de documentos con las palabras clave: Responsabilidad civil; Salud, Mala Práctica, Responsabilidad Penal.

DESARROLLO

Debe considerarse, por otra parte, que tal como hemos sostenido antes por el artículo 1453 del Código Civil

(Ecuador. Asamblea Nacional, 2005), que todo acto médico está sujeto al cumplimiento de la Ley, y que esta es la fuente de las obligaciones que tiene el Médico al ejecutar su acto, al margen de si existe o no una relación contractual. Al demostrarse incumplimiento a la Ley en una actuación médica, por ejemplo, a la Ley Orgánica de Salud o a la Ley de Derechos y Ampara del Paciente, y verificarse un daño moral en el paciente (al margen de uno material), sería suficiente para sustentar la existencia de una obligación indemnizable sin tener que recurrir directamente a la figura de delito o cuasidelito.

Conforme Del Brutto (2018), además de los dos requisitos mencionados anteriormente, para que sea procedente la responsabilidad civil por mala práctica médica, es necesario que exista una relación de causalidad entre la actuación dolosa o culpable del médico y el daño al paciente. Señala que la causalidad implica que el daño sea una consecuencia necesaria y directa de la actuación dolosa o culpable.

El que sea una actuación directa significa que: *“entre la actuación dolosa o culpable y el daño haya una relación lo suficientemente fuerte para que el derecho la considere relevante”* (Del Brutto, 2018, p.81). Y manifiesta que la jurisprudencia del Ecuador aplica la teoría de la causa adecuada, en virtud de la cual, existe una relación directa cuando en un curso ordinario de eventos se puede esperar que esa actuación determinada, produzca ese daño específico. Es decir, solo es causa aquella condición del evento idónea para determinarlo.

También es importante indicar que de acuerdo a Del Brutto (2018), la relación de causalidad es quebrantada cuando se produce el caso fortuito o existe culpa de la víctima. Debemos agregar a esto, en cuanto a la relación de causalidad, que el acto o la omisión, por sus características de causa necesaria y directa que la misma sea por sí misma suficiente para provocar el daño, es decir se debe excluir tanto el ya citado caso fortuito y la culpa de la víctima, como cualquier otra causa que sea origen del daño tal como la culpa de un tercero (Vojkovi, 2021).

En cuanto a la responsabilidad penal por mala práctica médica, es necesario precisar que en el Código Orgánico Integral (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), en adelante COIP, se encuentran tipificados dos delitos: el homicidio culposo por mala práctica profesional en su Art. 146; y el delito de lesiones en su Art. 152.

El primero es un delito contra la inviolabilidad de la vida y el segundo, contra la integridad personal. A continuación, se realizará una breve referencia a cada uno de ellos, y a la reparación integral que debe garantizarse a las víctimas de estos delitos (Schumman, 2022).

Este se produce cuando una persona en el ejercicio o práctica de su profesión, infringe el deber objetivo de cuidado y ocasiona la muerte de otra; y es sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 3 años y la deshabilitación de la profesión.

También, es importante indicar que existe circunstancia una agravante en caso de que la muerte se produzca por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas; cuya sanción es la pena privativa de libertad de 3 a 5 años.

Y, que para determinar si es que existe una infracción al deber objetivo de cuidado, debe ser tomado en consideración:

“1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

En el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la Resolución no. 01-2014 publicada en el Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014, aclara que la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional es “simple” cuando se verifican los elementos finales señalados en el inciso final como “infracción al deber objetivo de cuidado” y estos han causado la muerte.

De manera adicional aclara que dicha figura es “calificada” cuando además de los citados elementos de “infracción al deber objetivo de cuidado” que han causado la muerte concurren como su causa la calificación de las mismas como “innecesarias, peligrosas e ilegítimas”.

Conforme el COIP, la persona que lesiona a otra es sancionada de acuerdo a las reglas que establece su Art. 152, dependiendo de la consecuencia producida y su duración. Además, en el caso que nos ocupa, si es que la lesión es causada por infringir un deber objetivo de cuidado, aplica la pena privativa de libertad de $\frac{1}{4}$ de la pena mínima prevista para cada uno de los casos señalados en la tabla mostrada. Todo ello en virtud de que se trata de un delito culposo. Y para determinar si es que se infringió el deber objetivo de cuidado, este artículo remite al Art. 146 mencionado anteriormente.

Asimismo, cabe precisar que, de acuerdo al último inciso de este artículo, no son punibles aquellas lesiones que derivan de las acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautela la salud del paciente.

Aquello hace referencia a todas las actuaciones médicas que generan lesiones necesarias con el fin de salvaguardar la integridad física y la vida de los pacientes, amparadas en una causa una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad conforme el Art. 30 del COIP.

En este punto, es necesario indicar que conforme el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe garantizar a las víctimas de las infracciones penales la reparación integral, la cual incluye: el conocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Consecuentemente, el Art. 77 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), contempla la reparación integral de los daños: **“Artículo 77.- Reparación integral de los daños. - La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.**

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

Y el Art. 78 ibidem, establece los mecanismos de reparación integral, a saber: restitución, rehabilitación, indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción o simbólicas, garantías de no repetición.

De acuerdo a la Ley Orgánica de la Salud (Ecuador. Asamblea Nacional, 2006), reformada el 29 de abril del 2022, específicamente a su Art. 199, la autoridad sanitaria nacional es la encargada de la investigación y la sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de salud, pero sin perjuicio de las acciones que corresponden a la justicia ordinaria.

Consecuentemente, es importante hacer referencia a las infracciones en el ejercicio de las profesiones de salud, contempladas en el cuerpo normativo antes señalado.

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

- a) **Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;**
- b) **Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;**
- c) **Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,**
- d) **Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional”** (Ley Orgánica de la Salud, 2006)

Cabe precisar que de acuerdo al Art. 204 ibidem el consentimiento o autorización del paciente o su representante legal, no es eximente de responsabilidad para el médico en los casos contemplados en el artículo anterior.

Además, es importante indicar que estas infracciones son sancionadas con multa. La conducta del Art. 202 literal a) es sancionada con multa de un salario básico unificado del trabajador; la del literal b) con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general; la del literal c) con multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general; y la del literal d) con multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

Cuando un médico incurre en mala práctica médica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, nace la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil y la penal. Consecuentemente, en la vía civil debe compensar económicamente a la víctima por el daño ocasionado.

Con respecto al daño moral, existe una discusión con respecto a su compensación económica cuando proviene de la responsabilidad contractual, debido a la regulación actual.

Este inconveniente ha comenzado a resolverse en la Corte Nacional. Sin embargo, con el fin de evitar la discrecionalidad, es necesario que sea regulado en el Código Civil a mayor profundidad.

No existe una clasificación del daño inmaterial en nuestro ordenamiento jurídico, como sucede en el colombiano. Aquello es indispensable, pues caso contrario queda a criterio del juzgador en qué consiste el daño moral y consecuentemente, existe el riesgo de que muchos daños inmateriales no sean considerados como daño moral y por ende no se garantice la reparación integral a la víctima.

Tampoco existen normas claras en cuanto a la determinación del monto en el caso de reparación por daño moral;

lo cual es necesario pues actualmente el juez lo fija en consideración del grado de dolor que sufrió la víctima y la gravedad de la falta del médico que ocasionó el daño; y ambos constituyen criterios subjetivos que pueden estar supeditados a la discrecionalidad de los juzgadores.

Tanto en el campo civil como el administrativo, únicamente se hace referencia a la reparación de índole económica.

Únicamente en el campo penal, se dispone la reparación integral que abarca una serie de medidas permiten regresar al estado anterior de la comisión del hecho y se brinde satisfacción a la víctima, terminando de esta forma con los efectos que generó el accionar del médico que incurrió en mala práctica.

Sin embargo, la naturaleza y el monto de la reparación integral, están supeditados a las características del delito, bien jurídico afectado y daño ocasionado; lo que también puede conllevar a que en la práctica quede a criterio del juzgador.

[La necesidad de implementar las cátedras de responsabilidad profesional y derecho de daños en la formación de los profesionales de la salud y del derecho](#)

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) se incorporaron en el ordenamiento jurídico varios tipos penales que no se encontraban tipificados como delitos y adicionalmente se modificaron o ampliaron otros que ya existían, este es justamente el caso de los "**Delitos contra la inviolabilidad de la vida**" dentro de los cuales se incluyó homicidio culposo por mala práctica profesional (Art. 146 COIP) en la cual evidente está inmiscuida la mala práctica de la medicina. Esta situación jurídica que sin ser necesariamente nueva si generó en cambio la necesidad de profundizar por un lado el estudio del tipo penal ya analizado en el punto 1.3 de este capítulo, de tal por forma se pueda establecer más allá de toda duda razonable la participación y la responsabilidad persona acusada; pero además se ha creado también la necesidad de ampliar los conocimientos sobre las consecuencias civiles que se derivan de los eventuales daños patrimoniales causados a la víctima y que generalmente buscan ser resarcidos en dinero.

La problemática que se crea desde en estos dos puntos requiere de una solución de fondo que parte de la nueva formación académica que deben tener los Profesionales de la salud y del Derecho, pues si bien en la mayoría de mallas curriculares de las Universidades del Ecuador constan las cátedras de Derecho Civil y de Derecho Penal estas son impartidas con temáticas generales, mientras que las actuales exigencias del quehacer jurídico

requieren otra visión de la academia en la que se profundice el estudio y la investigación de las instituciones jurídicas que han tomado mayor relevancia como es el caso de la responsabilidad médica y el derecho de daños las cuales inclusive deberían ser ya materias de estudio individual pues su complejidad y extensión así lo requiere.

Es importante mencionar también que los estudiantes de las áreas de la salud, desconocen en muchos de los casos, la normativa legal vigente, los procesos jurídicos y la responsabilidad legal civil, penal, administrativa que pueden llegar a asumir en un caso de mala práctica profesional médica, lo cual requiere que la formación en pre grado y posgrado sea considerada con una mayor carga horaria para que se pueda profundizar más a detalle sobre este tema (Bravo et al., 2022).

La presente investigación apertura la discusión en cuanto a qué constituye daño moral y cuáles son sus tipos; considerando que actualmente en países como Colombia, se ha evidenciado que el daño inmaterial abarca varios supuestos y no sólo el tradicional daño moral comprendido como aquel ataca directamente a los sentimientos de las personas y a bienes jurídicos protegidos sin contenido económico.

En Ecuador, la inflada esfera de lo penal en el ámbito de juzgar las actuaciones médicas ha impedido que se desarrolle jurisprudencia sólida respecto a los daños morales que pueden sufrir los pacientes, a lo que se agrega la tradición civilista contractualista enfocada en los daños patrimoniales, visión que es inadecuada para defender los bienes morales de las personas en el ámbito civil.

A su vez esta falta de jurisprudencia civil consolidada provoca que la vía elegida sea la penal en su mayoría, lo que provoca la existencia de un círculo vicioso que le resta al campo civil el adquirir la práctica suficiente para presentarse como una vía idónea para proteger bienes morales afectados por una mala práctica profesional.

Se ha puesto en el plano de discusión en este trabajo un debate surgido desde los años ochenta en Ecuador al respecto de qué manera el delito y cuasidelito tiene lugar en el ámbito civil para el pago de indemnizaciones cuando se trata de daño a la salud y la vida de las personas. Dicho debate se ha centrado en analizar en cómo compatibilizar la esfera de lo penal con la esfera de lo civil, lo que a su vez hace necesario que futuros estudios acudan a fuentes históricas y demás para estudiar el alcance de ambas esferas.

CONCLUSIONES

Es necesario que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se desarrolle profundidad el daño inmaterial, con la

finalidad de que se contemplen todos sus tipos y consecuentemente las víctimas de mala práctica médica no queden desprotegidas porque a criterio de ciertos juzgadores el daño producido no sea considerado como daño moral.

Además, es indispensable que en la norma se establezca una forma clara para reparación económica en el caso del daño moral, tanto en el campo civil como en el penal, con el fin de evitar, asimismo, que quede a discrecionalidad del juzgador; y las víctimas sean perjudicadas.

Finalmente, es indiscutible que las Facultades y Escuelas de Derecho y Ciencias de la Salud, en pregrado y posgrado como parte de su rol formador adapten sus planes de estudio a las nuevas necesidades del quehacer jurídico profundizando en casos que cada vez que se han vuelto más comunes y por tanto relevantes como es la responsabilidad médica penal profesional y el derecho de daños como consecuencia de este tipo penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenas, H. (2017). *El régimen de Responsabilidad Objetiva*. Legis Editores S.A.
- Bravo, I., Silva, T., & Paredes, J. (2022). Relaciones de la deontología en ciencias de la salud: cuatro principios más. *Boletín de Malariología y Salud Ambiental*, 62(2), 142-150.
- Del Brutto, O. (2018). Requisitos para que proceda la responsabilidad civil por mala práctica médica. *Revista Ecuatoriana de Neurología*, 27(2), 79-82.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2005). *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46. https://www.consejodecomunicacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/11/lotaip/4.-%20CODIGO%20CIVIL%20A%20OCT%202019_.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2006). *Ley Orgánica de la Salud*. Segundo Suplemento del Registro Oficial 53. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3426/1/Ley%20Org%c3%a1nica%20de%20Salud.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial No. 180. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_0217.pdf
- Indalecio, J. (2003). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Universitas.
- Perin, A. (2022). The redefinition of criminal medical negligence according to the IAPCI draft proposals: Criminal negligence = violation of the duty of care + significant deviation from the standard of care + unreasonable risk + concrete possibility to comply with the sta. *Bio-Law Journal*, 353-375.
- Schumman, C. (2022). Medical liability and criminal law in emergency medicine. *Arzthftung und Strafrecht in der Akutmedizin*, 71(3), 525-533.
- Vojković, H. (2021). On Diagnostic Error With Reference to Practice. *Hrcak*, 72(4), 1101-1125.