

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

[DOI 10.35381/cm.v7i3.586](https://doi.org/10.35381/cm.v7i3.586)

## **Lex Artis ad hoc y responsabilidad civil por actos quirúrgicos estéticos en Ecuador**

### **Lex Artis ad hoc and civil liability for aesthetic surgical acts in Ecuador**

José Rolando Castro-Verdugo  
[jose.castro@ucacue.edu.ec](mailto:jose.castro@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0003-4820-5665>

Selene Montoya-Chacón  
[selene.montoya@ucacue.edu.ec](mailto:selene.montoya@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0001-6024-6449>

Recibido: 15 de agosto de 2021  
Aprobado: 15 de noviembre de 2021

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio del por qué un profesional de la salud se puede ver inmerso en una responsabilidad de carácter civil, derivado de su falta de observancia a la *Lex Artis*. Desde un contexto documental descriptivo. La finalidad del presente estudio es investigar por qué el actuar del médico dedicado a temas estéticos, puede producir como resultado un daño en el paciente, daño sea es su persona, como en su planificación de vida; estudiaremos con qué medios judiciales cuenta el paciente para reclamar sus derechos, pero también revisaremos, las causas que pueden eximir de responsabilidades al galeno.

**Descriptores:** Derecho penal; derecho público; derecho constitucional. (Palabras tomadas del Tesouro UNESCO).

## ABSTRACT

The present work aims to carry out a study of why a health professional can be immersed in a civil liability, derived from his lack of observance of *Lex Artis*. From a descriptive documentary context. The purpose of the present study is to investigate why the actions of the doctor dedicated to aesthetic issues can result in harm to the patient, whether it is her person, as well as in his life planning; We will study what legal means the patient has to claim her rights, but we will also review the causes that can exempt the doctor from responsibilities.

**Descriptors:** Criminal law; public law; constitutional law. (Words taken from the UNESCO Thesaurus).

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

## INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio se va a centrar en analizar el criterio de atribución aplicable al actuar del médico que se dedica a realizar cirugías de carácter estéticas o satisfactivas. De la misma forma estudiaremos por qué esa conducta puede derivar en una responsabilidad de carácter civil, explorando dos hipótesis; la primera que el médico se aleje de su *Lex Artis* por negligencia, imprudencia o impericia y la segunda porque se deriva de un acto contractual, que el mismo no se cumple.

El objetivo es establecer por qué en nuestro país aún no se aplica en debida forma esta institución en materia civil, ya que con los antecedentes existentes en las cortes provinciales y nacionales el punto de partida para presentar un reclamo en materia civil deriva primero de la declaratoria de una responsabilidad penal. Lo que pretendemos establecer es cómo las infracciones a la *Lex Artis ad hoc* en intervenciones quirúrgicas estéticas, son una fuente de responsabilidad civil, cuando se concretan daños con éstas; tenemos objetivos específicos que vamos a desarrollar y que son: 1. Explicar la institución de la responsabilidad civil en el Ecuador. 2. Analizar los estándares emanados de la *Lex Artis ad hoc* como guía y referente en la ejecución de los actos de salud. y 3. Determinar la incidencia de la teoría de las prestaciones de medios y de resultados en las intervenciones quirúrgicas estéticas.

## MÉTODO

En consideración a las contribuciones realizadas en este estudio, la investigación se enmarcó en un contexto bibliográfico y descriptivo. Está encaminado de manera concreta a solucionar un problema poco estudiado en materia legal como es la responsabilidad civil por la mala práctica profesional en el ámbito de las intervenciones quirúrgicas estéticas, pues de este tema solo existen conceptos generales poco estudiados, dando como resultado un vacío legal significativo y que complica la aplicación adecuada del derecho.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

Es por ello que tiene como objetivo aportar información basada incluso en derecho comparado, para lograr una comprensión basada en información real. La falta de observancia a la *Lex Artis* por parte de los profesionales de la salud, puede derivar en diversas responsabilidades que no se excluyen entre sí: civil, penal, disciplinaria o administrativa.

La responsabilidad civil derivada de actos médicos por imprudencia, impericia o negligencia en asuntos de reclamación no es muy común en el derecho ecuatoriano, la víctima que sufrió un daño, por lo general suele denunciar ese acto por la vía penal y en esa misma vía pedirse una indemnización pecuniaria, que evidentemente se tiene que realizar por la vía civil, por esa razón el objetivo del presente trabajo es dejar claro que un personero de la salud puede ser objeto de una demanda en materia civil de manera directa sin tener que pasar por un proceso penal anterior.

El estudio está direccionado también al actuar del paciente, pues éste impacta directamente el resultado de responsabilidad demandada, pues puede existir dolo de parte al momento de ejercer una acción civil en contra del profesional de la salud, digo esto por cuanto si el paciente no acata las indicaciones que el médico le recomienda para que su recuperación sea efectiva, simplemente se vuelve un acto propio del paciente, en donde el médico se libera de una posible responsabilidad civil, derivando como consecuencia en una eximente de responsabilidad; por consiguiente el presente estudio busca un aporte teórico – práctico, ya que como se dijo, existe un desconocimiento general sobre la forma correcta de accionar en caso de que exista responsabilidad civil por parte del profesional de la salud.

## RESULTADOS

### Responsabilidad Civil en el Ecuador

#### 1.- Responsabilidad civil

La responsabilidad civil lo define el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torres – 17<sup>a</sup>. ed. (2005) “*Responsabilidad civil: El talión económico jurídico: 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...*” (p.341). La responsabilidad civil, es un fenómeno jurídico que se remonta a los inicios mismos de la actividad humana, así la persona que se creía afectada es sus derechos por un daño infringido por otra persona, solicitaba que se le repare. La expresión “*responsabilidad civil no se lo utilizó en Roma, su origen se remonta a la raíz latina “spondere” cuya acepción es prometer, comprometerse, ligarse con un deudor*”. (Hugo Bustamante Alsina, 1957, p.32).

Para que se configure una responsabilidad civil, el requisito fundamental es la existencia del daño, ya que el daño es el núcleo de esta institución, pero ese daño producido debe ser resarcible, pues en su defecto, la persona que lo produjo no está obligada a repararlo, teniendo presente que no todo daño tiene la vocación a ser resarcible o indemnizable. La responsabilidad civil puede ser: contractual y extracontractual, pues existe un acuerdo entre dos partes: el galeno y el paciente, con el fin de obtener un objetivo esperado. Nuestro Código Civil (1970) contempla la figura del contrato en el artículo 1454 “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*” (sección 429). Se desprende entonces para que exista responsabilidad de carácter civil deben concurrir tres elementos esenciales que son: El daño, el criteriom de imputación (culpa o riesgo) y el nexo causal.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

## 2.- La responsabilidad en el Código Civil Ecuatoriano

La responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contemplado en el Código Civil en el libro IV y que se refiere a las obligaciones en general y a los contratos, artículo 1453: las cuales puede nacer de las siguientes fuentes: “1. *por la voluntad de dos o más personas*, 2. *Por un hecho voluntario*, 3. *Por un hecho ilícito* y 4. *Por ley*”. (Código Civil Ecuatoriano, 1970, sección. 429).

Para que la responsabilidad civil se configure, esta debe estar compuesto por tres elementos: 1.- **Daño resarcible:** Es la afectación producida por una persona en contra de otra que se concreta en la mengua de un bien jurídico protegido, pero debe tener el carácter de reparable. 2.- **La imputación:** debe estar contemplado en una norma (Código Civil), caso contrario no se puede hablar de responsabilidad, y el criterio de atribución podrá ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo dependiendo del régimen jurídico y del tipo de obligación convenida e incumplida. 3.- **La causalidad:** desde el punto de vista de hecho “...*hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado*” (Pablo Salvador y Antonio Fernández, 2006, p. 3). Si el daño cumple con los requisitos de ser: antijurídico, que lesione un bien jurídico y que el hecho dañoso sea imputable, este daño es resarcible en vía legal.

### 2.1.- Daño resarcible

Para que exista responsabilidad civil y el médico se vea inmerso en un proceso judicial, debe con anterioridad haber producido un daño al paciente. Así pues, en términos generales diremos que: el daño es el mal causado al bien jurídico de una persona por parte de otra, y en nuestro caso el daño que produzca un médico a un paciente. Importante es distinguir entonces cuándo ese daño producido se convierte o no en un daño resarcible. El profesor Andrés Esteban Jaimes (2021) en su ponencia de clase de maestría en Derecho Médico establece, “*que el daño tiene dos ámbitos, el primero desde*

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

*punto de vista fenomenológico, (como fenómeno natural), y un daño en el sentido resarcible, es decir desde un punto de vista con matiz jurídico”.*

Entonces debemos entender que, si bien el actuar de un profesional de la salud se ve constantemente enfrentado a una posible afectación a su paciente, sin embargo, este daño será resarcible si el galeno se aleja de la *Lex Artis* propia para cada caso y produce una lesión a la vida o a la salud del paciente, *“todo daño resarcible es un daño fenomenológico, pero no todo daño fenomenológico es un daño resarcible”.* (Andrés Esteban Jaimés, 2021). Para que un daño sea resarcible debe cumplir con ciertas características como son: 1.- Que sea **antijurídico**, es decir que la víctima no este en el deber jurídico de soportarlo; 2.- que se **lesione un bien jurídico tutelado**, por ejemplo, la vida; y 3.- **que sea cierto**.

## **2.2.- La Imputación**

Si bien al hablar de imputación se entiende que la conducta debe estar adecuada a una norma jurídica (imputación objetiva), mas, sin embargo, por ser materia de estudio vamos a tratar a la imputación desde el punto de vista subjetivo. De esta forma diremos entonces que, la imputación subjetiva hace referencia a dos aspectos; 1. El dolo, que es la intención de causar daño, es decir que el médico conoce las consecuencias de su actuar contrarios a su conducta adecuada y 2. La culpa, que deriva en cambio de la falta de intención de causar daño como tal, pues surge cuando el profesional de la salud se aleja de su deber objetivo de cuidado.

Actualmente se reconocen tres tipos de dolo y cuatro tipos de culpa así: *“... 1. Dolo directo, 2. Dolo indirecto y 3. Dolo eventual. En cuanto a la culpa sus modalidades se distinguen entre 1. Imprudencia 2. Negligencia 3. Impericia 4. Infracción al deber objetivo de cuidado”* (Jeschek y Weigend, 2002, p. 437). Entonces para que una conducta sea reprochable y por ende atribuible debe contener dos componentes de imputación: una objetiva (ley) y una subjetiva (dolo o culpa).

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

## 2.3 La causalidad

La causalidad o denominada también nexo causal, es la unión entre la **acción y el daño producido**. En materia civil la causalidad se refiere a la obligación de resarcir el daño ocasionado por un acto (acción u omisión) en contra de una persona. Ahora en materia, para que exista la causalidad necesariamente debe existir un resultado dañoso producto de una infracción a la *Lex Artis* (acción u omisión) o incumplimiento de un acuerdo de voluntades (contrato) por cualquiera de las dos partes (profesional de la salud o paciente) pero en el caso que sea el paciente el que incumple el acuerdo, estaríamos hablando de una de las causas eximentes de responsabilidad, teniendo en cuenta que las eximentes de responsabilidad son cuatro: **imprevisibles**, que no se puede prever, **irresistibles**, que no se puede hacer nada frente a una situación, **exclusivos y determinantes** de la víctima, de terceros, de caso fortuito o fuerza mayor.

## 3.- Derecho de daños

### 3.1.- Daño emergente

Nuestro Código Civil (1970) lo contempla en el artículo 1572: *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento...”* (462 CC). El daño emergente es el valor monetario que se debe reponer. Esta figura legal a diferencia del daño moral es un daño de carácter patrimonial, es decir que afectan de manera directa al patrimonio de una persona. En nuestro país no se encuentra establecidos montos respecto del daño emergente, en un proceso legal ecuatoriano lo que tiene que justificar la víctima respecto del daño sufrido, es con una prueba idónea y debidamente justificada, apegada tanto a las normas sustantivas como adjetivas.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

### 3.2.- Lucro cesante

Esta figura legal como el daño emergente, es un daño que se produce en el patrimonio de una persona, con la diferencia que el lucro cesante, es la pérdida de las ganancias o utilidades producto de un hecho dañoso, *“el incumplimiento de un contrato, por no cumplirlo totalmente o por su cumplimiento tardío”*, (Código Civil ecuatoriano, 1970, sección 462 CC). Estas dos figuras legales se pueden encontrar presentes perfectamente incluso en un mismo hecho y no son excluyentes, como en el caso de un modelo que decide someterse a una intervención estética de nariz y la operación termina siendo desastrosa y le afecta el rostro. El daño emergente está presente cuando esa persona tiene que realizar gastos de curación o rehabilitación en una nueva cirugía correctiva y el lucro cesante en cambio se hace presente porque su rostro ya no es el mismo y no puede conseguir trabajo, por tanto, sus ganancias presentes y futuras cesarán.

### 3.3.- Daño Moral

Este tipo de perjuicio afecta los bienes jurídicos propios de la dignidad humana, como el honor, la salud, etc. Busca reparar el dolor sufrido como resultado del actuar doloso o culposo de una persona. Este tipo de daño es un daño extrapatrimonial, pues no afecta el patrimonio de una persona sino su ser mismo como tal. La figura del daño moral se encuentra contemplado en nuestro Código Civil (1970) *“artículo 2233: la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal...”* (sección 639). El daño moral es *“aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia”* (Polacco, 1914, p. 851). Descrito de esta forma diremos entonces que el daño moral es la afectación al honor, dignidad, valor, salud. Hablar de daño moral es hablar de responsabilidad civil, pues uno de las consecuencias del actuar humano contrario a derecho puede dar lugar a una acción civil por daño moral. En nuestro país la persona que se creyere víctima de un mal sufrido, debe demostrar en un juicio por daño

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

moral, la relación de causalidad, es decir que existe una relación directa entre el daño causado frente a la persona que la produjo.

Esta figura legal busca compensar a través de una indemnización el daño producido a la esfera interna de una persona, así lo estipula nuestro Código Civil (1970) en los artículos “2233: *“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal...”* 2234: *las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes”* (sección 639).

A esta figura del daño moral se la considera como un daño extrapatrimonial, pues no guarda relación con el patrimonio, sino lo que se busca con esta figura es resarcir el dolor sufrido por una persona independiente del daño patrimonial. La acción por daño moral puede derivarse de forma contractual o extracontractual, por ejemplo, cuando una modelo contrata con un cirujano para una liposucción, pero este profesional le deja una cicatriz evidente en su piel, la modelo por ser su profesión ya no puede ejercerla, dañando de esta forma su moral y posiblemente también su proyecto de vida.

Por otro lado, en caso de que no exista un contrato de por medio y sin embargo se realice una cirugía como la del ejemplo y si ocurren los mismos hechos, la víctima podría igualmente instaurar una acción por daño moral, pero en este caso la relación sería extracontractual. Aclarando que nuestro Código Civil establece que los contratos pueden ser escritos o verbales; y los dos son válidos. La indemnización por daño moral, en nuestro país el monto lo fija el juez a su libre criterio.

#### **4.- La responsabilidad civil médica en el Ecuador**

Un tema que en nuestro país empieza a tomar fuerza y ello derivado de la tipificación de la mala práctica profesional en el Código Orgánico Integral Penal, es la responsabilidad en el área de la salud: *“...serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto o cuando sus condiciones*

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

*no estén de acuerdo con la publicidad efectuada...*” (Constitución del Ecuador, 2008, p. 44). De otra parte, el artículo 361 de la Constitución del Ecuador (2008) establece que *“...la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas a la salud...”* (p. 166)

Si bien la figura de la responsabilidad civil médica como tal no se encuentra impresa en Código Civil, sin embargo, existen códigos que determinan tanto las obligaciones, cuanto los derechos de los profesionales de la salud como de los pacientes, así tenemos el Código de Ética Médica, Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Acuerdo Ministerial 5316, entre otros, códigos enfocados más al área de la salud, pero íntimamente relacionados al Código Civil. Para que la responsabilidad civil en materia de la medicina se configure como tal debe cumplir con ciertos requisitos como son: 1. Dolo o culpa por parte del profesional de la salud. 2. Daño y 3. Nexo causal, solo cuando estos tres requisitos estén presentes en un acto médico se puede hablar de responsabilidad civil, la falta de uno de ellos no dará lugar a la existencia de la misma, tal como se explicará en el siguiente tema.

### **5.- Requisitos para la procedencia de la responsabilidad civil, por actos médicos quirúrgicos o embellecedoras.**

Para que proceda la responsabilidad de carácter civil, debe cumplirse con tres requisitos fundamentales, que son: **1.- Daño:** *“Es el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en las cosas”* (Guillermo Cabanellas de Torres – 17ª. ed. 2005. p. 107). **2.- Existencia de dolo o culpa por parte del profesional de la salud:** entendiéndolo al dolo como la intención de causar daño y la culpa que se refiere a la falta de actuación con la debida diligencia, siempre circunscrito a la obligación derivada de la prestación del servicio médico. **3.- Nexo causal:** como su nombre lo indica el nexo causal es la unión entre el actuar doloso o culposo de una persona y el daño producido.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

Que se den estos requisitos es porque hubo inobservancia a la *Lex Artis* que será materia de estudio en el siguiente capítulo.

## **Estándares Emanados de la *Lex Artis Ad Hoc* como guía y referente en la ejecución de los actos de salud**

### **1.- Lex Artis**

*Lex Artis*, “*leges artium, legis artis o reglas del arte*” (Fernández Hierro, 1997, p.201). Se refiere a las reglas que el profesional de la salud debe observar en todos los actos de salud.

### **2.- Lex Artis Ad Hoc**

Si bien ya definimos que es la *Lex Artis*, sin embargo, varios autores sostienen que no debe existir una clasificación de la *Lex Artis* y la *Lex Artis Ad hoc*, pues dicen que la primera debe ser siempre Ad Hoc ya que esa Ley del Arte se debe aplicar a cada caso concreto, pues ninguno es igual a otro. Entonces la *Lex Artis Ad Hoc* es la Ley del Arte aplicado a cada caso. El Tribunal Supremo (1991) define a la *Lex Artis Ad Hoc* como “*aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina*”. La *Lex Artis ad hoc* en las cirugías estéticas debe ser concreta pues se trata de una medicina diferente y por ende incluso los protocolos y el mismo consentimiento informado deben tener sus propias características. Muchos de los casos por los que existe una mala práctica profesional en este ámbito se debe justamente a esta falta de información y más en nuestro país que se conoce muy poco de cómo se debería aplicar la *Lex Artis ad hoc* en las cirugías satisfactorias, pues los galenos toman un consentimiento informado establecido por el Ministerio de Salud Pública y se diligencia sin mirar si este documento es útil o no para este tipo de medicina.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

### **3.- Lex Artis Ad Hoc en los actos quirúrgicos estéticos**

El acto médico en este tipo de procedimientos es diferente a la medicina terapéutica, pues la medicina satisfactiva busca como tal el bienestar del paciente, a diferencia de la medicina terapéutica que por el contrario busca reestablecer la salud del paciente. Por mucho tiempo se ha considerado que la medicina general es de medios mas no de resultados, pues no existe la obligación del galeno de curar o garantizar el cien por ciento la salud o la recuperación del enfermo, sino lo que se busca es brindarle todo lo necesario aplicando los métodos para cada enfermedad y de esta forma tratar de restablecer la salud del paciente. Con el avance de la medicina se ha desprendido una nueva rama como las cirugías de carácter estético o satisfactivas, que, a diferencia de la medicina terapéutica, lo que se busca conciliar es si esta es medios o de resultados, o quizá de medios, pero bajo un estándar más exigente en busca del cumplimiento de un anhelo personal, interrogante que trataremos en el último capítulo del presente trabajo.

La *Lex Artis ad hoc* por parte del médico cirujano debe cumplirse tanto en el momento como al final de la intervención. Alejarse de ella puede devenir en una responsabilidad civil, pues si el paciente cree que sufrió un daño podría demandar un juicio civil, pero para ello el paciente debe demostrar tres aspectos 1. Existencia de dolo o culpa referido al tipo de obligación contraria, 2. Existencia del daño y 3. Nexo causal. *“El paciente debe entonces demostrar la responsabilidad y la culpa del médico contratado, el daño sufrido, o el no cumplimiento de lo pactado, y el nexo causal entre la culpa y el daño...”* (Henao Arroyave, 2007, p. 27).

La medicina estética es una rama especializada que se ha convertido actualmente en un servicio de carácter comercial en donde de por medio existe un contrato, que debe ser cumplido por las partes. Ahora en mucho de los casos el resultado obtenido puede ser el adecuado, pero el cuidado posterior no necesariamente puede ser culpa del galeno, pues al tratarse de un contrato entre partes la obligación es también del paciente y si éste no cumple con las recomendaciones del cirujano, o las desobedece ello repercute en el

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

resultado, o cuando una patología de base del paciente no conocida y no detectable en los exámenes de rutina atrofian el resultado esperado, existiría evidentemente una exigente de responsabilidad de parte del galeno. Como lo menciona Yepes Restrepo (1996) *“Todo acto médico acarrea consecuencias jurídicas, pues se realiza voluntariamente entre dos sujetos y tiene como objeto la vida o la salud de una de las partes, en este caso el paciente; de manera que el resultado del actuar del médico siempre tendrá que ver con la ley...”* (p.21-24).

Hablar de acto médico es hablar de un acto complejo, que contiene una serie de pasos que el galeno debe cumplir rigurosamente, como realizar ciertos exámenes, entrevista previa exhaustiva sobre los antecedentes, examen médico general y lo que espera el paciente con la intervención, elegir la técnica y concertarla con el paciente, informar a este de los riesgos, consentimiento informado, tener la idoneidad necesaria, operar con los equipos, instrumental, equipo médico y auxiliar necesario y habilitado, programar la hora de la cirugía, establecer el tratamiento y tipo de procedimiento a utilizar y señalar los cuidados y medicación pos operación, entre otros. *“Una de las características del acto médico es que, generalmente, no se concreta en un solo momento, sino que es de ejecución sucesiva”* (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2000, p. 72-79). Si el médico cirujano falla en su *Lex Artis ad hoc*, en uno cualquiera de esos pasos, puede verse inmerso en una responsabilidad, pues cada paso es tan fundamental como el anterior.

#### **4.- Factores de atribución de responsabilidad civil por inobservancia a la Lex Artis ad hoc**

El criterio de atribución en responsabilidad civil puede ser subjetivo u objetivo. En tratándose de responsabilidad médica la regla general es la aplicación del régimen subjetivo que se concreta cuando se verifica por el galeno una conducta dolosa o culposa. Generalmente estas causas pueden ser: la imprudencia, la impericia, negligencia, cada uno con un alcance y contenido diferente.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

#### **4.1.- Imprudencia**

Según la definición establecida por Guillermo Cabanellas de Torres en su diccionario jurídico (2005) *“Imprudencia: Omisión de la diligencia debida”* (p. 192). Lo que significa que un profesional de la salud incurre en imprudencia cuando omite uno de los pasos fundamentales determinados en el acto médico, por ejemplo, no lavarse las manos al momento de iniciar una intervención quirúrgica, que sabiéndolo lo omite. El galeno debe identificar las características de cada caso para aplicar su *Lex Artis*. *“Por eso se habla de una Lex Artis ad-hoc, que cambia en la situación que se examina, por lo que el incumplimiento de la Lex Artis general no suponga una falta al cuidado debido”* (Silvia Sánchez, Jesús María, 2001, pp. 549-588, 554).

*“La estructura objetiva y subjetiva de la imprudencia exige para imputar un injusto: conducta creadora de un riesgo jurídicamente relevante, resultado antijurídico, causalidad entre acción y efecto si procede, y relación de riesgo entre la conducta riesgosa y el resultado jurídico”* (Romero Casabona, 2005, pp. 2 - 205). Entonces la imprudencia en materia de salud debe cumplir con ciertos requisitos, para que sea objeto de responsabilidad civil.

#### **4.2.- Negligencia**

La negligencia al igual que la imprudencia es *“la omisión de la diligencia o cuidado...”* (Guillermo Cabanellas de Torres, 2005, p. 258), entonces desde este punto de vista la negligencia opera cuando el galeno no observa las normas que le rigen para cumplir con su trabajo, dicho en otras palabras, falta al deber objetivo de cuidado. Es un no actuar cuando se estaba en la obligación legal de hacerlo.

##### **4.2.1. – Diferencia entre imprudencia y negligencia**

**Imprudencia:** *“Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja”* (Fernando

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

Alfaro-Victoria, 2012, p. 68). **Negligencia:** “*Es la omisión al cumplimiento al deber, con conocimiento de causa, teniendo los medios para ello, es descuido y omisión*” (Fernando Alfaro-Victoria, 2012, p. 68).

El profesional cirujano deber estar atento a todos los métodos y requisitos necesarios para cumplir con su trabajo, pues debe garantizar la salud de su paciente y acuerdo alcanzado. Ejemplo de esta situación sería si el médico cirujano al estudiar los resultados de los exámenes previos, observa que debe realizar estudios más especializados para determinar si es posible intervenir quirúrgicamente y no lo hace, y como consecuencia de ello deviene en una lesión o la muerte de su paciente.

#### **4.3.- Impericia**

Fernando Alfaro-Victoria, 2012, establece que: “(...) *Impericia es la carencia de conocimiento técnicos, experiencia y habilidad, en el ejercicio de la medicina*” (p. 68). Entonces la impericia se refiere cuando un profesional no está formado adecuadamente para realizar un trabajo específico, por ejemplo si un galeno es especialista en cardiología y realiza una operación de nariz, la pregunta sería ¿pero los dos son médicos?, la respuesta es sí, pero más embargo, su rama o especialidad es totalmente diferente, la impericia se presenta si uno de los dos quisiera tomar el lugar de otro y realizar una operación, es evidente que el que lo realice será un profesional no capacitado y dará lugar a una responsabilidad médica, pues ninguno tenía la pericia necesaria para realizar la operación. Quizá los dos estén habilitados, sin embargo, ninguno tenía el conocimiento específico para la realización de la operación.

Como vemos, si el profesional de la salud incumple con su deber objetivo de cuidado y se aleja de su *Lex Artis* por cualquiera de estas tres razones, es muy probable que su conducta sea juzgada en un proceso legal, por ello su actuar debe estar apegado en todo momento a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Deben tener presente los galenos que todos sus actos por más pequeños que parezcan pueden derivar en una posible

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

responsabilidad legal, cuando su actuar se aleja de la ley del arte. Importante es anotar que el profesional de la salud cuenta con medios de defensa que durante un proceso civil puede demostrar y exonerarse de responsabilidades probando la diligencia o la inexistencia de la culpa acreditando capacidad, conocimiento, habilidad, experiencia, y buena praxis y además también se puede descartar la responsabilidad acreditando la existencia de una causa extraña, es decir debe probar una de las eximentes de responsabilidad (imprevisible, irresistible, exclusivos y determinantes).

## **Incidencia de la teoría de las prestaciones de medios y resultados en las intervenciones quirúrgicas estéticas**

### **1.- Historia de las intervenciones quirúrgicas estéticas**

Para hablar de las obligaciones de medio y resultado debemos en primer lugar entender de qué se trata una cirugía estética; así: para el análisis lo dividiremos en dos partes, **1. Cirugía** “*Chirurgia, etimología griega cheir: mano y de ergos: trabajo, significa operación manual: por lo que aquellos los han definido, aquella parte de la medicina que emplea la mano sola o acompañada de un instrumento...*” (Manuel Hurtado de Mendoza, 1840, p. 214). **2. Estético** que hace referencia a lo “*bello, sublime, carácter, expresión*” (Manuel Milá y Fontanals, 1884, p. 53). “*Las cirugías plásticas – estéticas – reconstructiva, inicia en el segundo milenio antes de Cristo. Nació como una necesidad de solucionar amputaciones consecutivas a castigos impuestos en las antiguas civilizaciones*” (Norma Acerbi Cremades, 2009, p. 48). “*La Rinoplastia (reconstrucción de nariz amputada) y la Queiloplastia (reconstrucción de los labios) fueron las primeras intervenciones quirúrgicas practicadas*” (Norma Acerbi Cremades, 2009, p. 48).

### **2.- Teoría de las prestaciones de medios y resultados**

Hablar sobre las prestaciones de medios y resultados desde el aspecto teórico, es hablar de René Demogue en su Tratado de las Obligaciones en General, tomo quinto (1923)

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

anota: “...la obligación del deudor no era siempre de la misma naturaleza, ya que podía ser una obligación de resultados o una obligación de medios”. (pp. 538-545). Autores como Louis Josserand (1952), que también sigue el pensamiento de Demogue sostiene que: “hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá observar en condiciones y dirección determinada.” (pp. 83-84). Contrario al pensamiento del profesor Demogue respecto de la división de las obligaciones de medios y de resultados, se encuentra el profesor argentino Ernesto Clemente Wayar (1990) quien señala “que entre ellas no hay diferencias ontológicas, siendo su distinción solo aparente, pue en aquellas que la tradición llama (de medios) es siempre posible encontrar un (resultado)” (pp. 128 - 130), el profesor Ernesto establece que: “...se empieza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay medios y que en toda obligación también se persigue un resultado” (Ernesto Clemente Wayar, 1990, pp. 128 - 130).

Existen criterios en contra y en favor de las obligaciones de medios y resultados, que, si bien el análisis de uno y otro autor tienen validez, sin embargo, para el tema que tratamos nosotros nos guiaremos a la teoría de que, si bien la medicina terapéutica es de medios, la medicina satisfactiva es también de medios, pero bajo un **estándar de exigencia mucho mayor**, pues el médico cirujano debe procurar cumplir con el anhelo de su paciente.

### **3.- ¿Es una obligación de medios y resultados los actos quirúrgicos estéticos o sigue siendo de medios bajo un estándar de exigencia superior?**

Partiendo del análisis histórico diremos que existen dos tipos de medicina: la una de medios, en el caso de la medicina terapéutica y la segunda también de medios, pero concebido desde un punto de vista de un **estándar mucho más alto o exigente** que la medicina terapéutica. No se puede desconocer que la medicina satisfactiva al igual que la terapéutica debe cumplir con un proceso para llegar a un resultado final, por eso no se

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

debe descartar la idea también de que, si bien la medicina satisfactiva busca un resultado concreto, no obstante, debe cumplir o adecuar los medios para llegar a un resultado. La medicina terapéutica es esencialmente una medicina de medios, pues el profesional de la salud busca restituir la salud de un paciente, aplicando todos los medios adecuados para ello, por otra parte, la medicina satisfactiva también aplica medios en busca es un objetivo final, pero ese objetivo debe estar adecuado a lo que el paciente busca, que es cambiar su aspecto físico concebida como un resultado.

La medicina satisfactiva deriva de un acuerdo entre las partes, en donde el cirujano se compromete a realizar todo lo necesario para lograr el objetivo esperado por el paciente, que ese cometido no se cumpla derivaría entonces en un asunto de responsabilidad, contractual o extracontractual o de una de las circunstancias de atribución de la responsabilidad civil, regulada por el Código Civil ecuatoriano. Si bien en este tipo de medicina lo que el paciente busca es un posible resultado, sin embargo, puede existir la mala fe del paciente con el fin de obtener una indemnización ilegal, por ello Alsina (1958) sostiene que: *"...tanto en la obligación de medios como en el de resultado, debe el acreedor probar esencialmente lo mismo: el mal cumplimiento en la obligación"* (pp. 587-602). El Código de Ética Médica (1992) en el artículo 6 establece que *"El médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud..."* (p. 2). Bajo esta premisa la norma ordena al médico a buscar los medios necesarios y adecuados para restituir la salud de su paciente, independientemente del tipo de medicina, terapéutica o satisfactiva.

#### **4.- Incidencia de las obligaciones de medios y resultados en las intervenciones quirúrgicas estéticas o satisfactivas**

Existen teorías que establecen a las obligaciones unas como de resultado y otras como de medios; sin embargo, debemos definir si en las intervenciones quirúrgicas estéticas las obligaciones son de medios, de resultados, o de medios, pero con mayor exigencia.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

A nuestro criterio en este tipo de intervenciones las obligaciones son también de medios, pero con una diferencia sustancial, que se refiere a un nivel de **exigencia superior**, pues como se dijo y específicamente en este tipo de especialidad, lo que se busca es un objetivo concreto.

La teoría general en materia médica es que no siempre el médico puede garantizar restituir la salud a su paciente, va a buscar todos los medios para hacerlo, pero sin embargo quizá no lo consiga, sin embargo, realizó todo lo adecuado de conformidad a su *Lex Artis ad hoc*. EN en materia estética en la mayoría de los casos las personas acuden a los profesionales sin estar enfermos, ya que lo que buscan es una satisfacción personal, como por ejemplo realizarse una liposucción. “...*el paciente acude voluntariamente al médico no para poner remedio a un problema de salud, sino para la obtención de un resultado específico que interesa para su propia satisfacción personal...*” (José Guerrero Zaplana, 2006, p. 67).

#### **4.1. - Régimen subjetivo de la culpa**

Esta se refiere principalmente al criterio de imputación subjetivo, donde es requerida y analizada la culpabilidad de parte del galeno en la práctica de una cirugía, ya sea que provenga de la culpa o el dolo. Entendiendo que la culpabilidad en modalidad de culpa deriva de varias circunstancias como la negligencia, la impericia y la imprudencia, que fue materia de estudio en el capítulo anterior. Por otro lado, el dolo es la intención de causar daño, que en materia de medicina podemos decir que esta figura es casi nula, puesto el médico no es un delincuente, y no actúa con dolo, su intención será siempre la de velar por la salud y bienestar de sus pacientes, dando cumplimiento a su juramento hipocrático.

Hablar de un nivel mayor de exigencia, se guía por un régimen subjetivo de culpa presunta, pues, de ser el caso que el profesional de la salud sea demandado por un supuesto actuar en contra de su *Lex Artis*, el mismo está obligado a demostrar que no

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

estuvo en culpa, demostrando que tiene los conocimientos adecuados, habilidad, experiencia, buena práctica, alegar probidad como galeno especializado. Ahora bien, si el profesional de la salud se encuentra frente a un proceso judicial en el que se pretende que se pague una reparación, sea por daño moral, o cualquier otra acción civil, de probar el galeno el régimen subjetivo de la culpa presunta, el proceso legal instaurado en su contra, quedará sin efecto, pues la víctima no podrá demostrar sus alegaciones iniciales. Un caso en el Ecuador, que, si bien no es en medicina satisfactiva, sin embargo, refiere al régimen subjetivo de culpa presunta:

*“...la defensa alega que hubo consentimiento informado del paciente, debida información de los riesgos y complicaciones por su enfermedad y por la edad y los factores de riesgo del trauma recibido, concluyendo en sentencia que: no se evidencia que la actuación de los demandados haya sido la que directamente ha provocado un daño extrapatrimonial...”* (Corte Nacional de Justicia, 2014, resolución número 0181).

## **5.- Obligaciones de medios y resultados en Chile, Colombia y Argentina frente al ecuatoriano**

**Chile:** En el caso chileno las obligaciones de medios y resultados al igual que en otros países gira en torno al resultado, pues el paciente lo que busca en sí es un resultado concreto al momento que contrata un médico cirujano. *“La existencia de estas obligaciones lleva aplicar un régimen de responsabilidad contractual que presume la culpa del médico deudor”* (Tatiana Vargas Pinto, María Sara Rodríguez Pinto, 2017, p. 117). El Código Civil chileno (1855) establece en el artículo 1547 que: *“...La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito al que lo alega...”* (p. 215). La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2013) ha determinado que: *“...la obligación contraída por los demandados no se satisface únicamente con la aplicación rigurosa de la técnica y arte de la profesión médica, sino con la obtención del resultado convenido.”* (sentencia 8307-12). Es una obligación de resultados, pero vinculado a un régimen subjetivo de culpa presunta.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

**Colombia:** Caso similar al chileno lo tenemos en la legislación colombiana, pues conforme la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación de lo Civil, (2013) *“Se afirma que las cirugías plásticas con fines estéticos las obligaciones son de resultado, teniendo en cuenta que, si el resultado final obtenido no es el satisfactorio al paciente, el médico no ha cumplido a cabalidad la prestación contratada...”* (referencia 20001-3103-005-2005-00025-01).

El Código Civil colombiano (1873) en el artículo 1604 trae disposición similar a la establecida en el Código Civil chileno, esta disposición indica en su inciso tercero *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”* (p. 380). Entonces las obligaciones son de medios, salvo que en el contrato se pacte la obligación de un resultado puntual (que no pasa). Ahora bien, hace a la naturaleza de la obligación adquirida por el médico, se impone reiterar la conclusión a la que arribó la Corte en la sentencia de casación, la que dejó definida así:

(...) En tal orden de ideas y descendiendo al caso concreto, así se acepte que el procedimiento realizado por el doctor Carrillo García en favor de la señora Stella Ovalle Gont se denominó, en algunas oportunidades, como de ‘rejuvenecimiento facial’, ello, per se, no significa que aquél se hubiera obligado a conseguir, específicamente, ese resultado en la paciente, toda vez que no existe evidencia de que el compromiso del galeno hubiera tenido ese alcance. En consecuencia, debe entenderse que la obligación por él asumida se orientó a efectuarle dichas intervenciones utilizando todo su conocimiento y las mejores técnicas existentes que para entonces estuvieran a su alcance, con la finalidad de dar al rostro de aquella una apariencia más juvenil, pero sin que ese resultado se hubiera asegurado o garantizado, pues, se repite, no existe prueba de que el acuerdo de las partes se haya orientado en ese sentido. (Corte Suprema de Justicia, 2019, p. 11)

Forzoso es, por lo tanto, insistir en que la obligación del galeno fue la prestación de un servicio médico pactado y discutido entre las partes pero que en ningún momento se garantizó un resultado concreto.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

**Argentina:** Es importante que tengamos claro que, en la legislación argentina a diferencia de la chilena, colombiana y ecuatoriana, en ella tienen positivizado la distinción entre los medios y los resultados, y ello se encuentra en el Código Civil y Comercial (2014) en el artículo 774 “*prestación de un servicio, la prestación de un servicio puede consistir: a). en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada...b). en procurar al acreedor cierto resultado concreto...c). en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido...*” (p. 176). Disposición legal que tiene correlación con lo establecido en el artículo 1723 que establece: “*Responsabilidad objetiva: Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*” (Código Civil y Comercial, 2014, p. 350).

**Ecuador:** En el caso nuestro existe disposición que refiere a los efectos de las obligaciones, así el Código Civil ecuatoriano (1970) en el artículo 1563 inciso tercero establece que: “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega*”. (sección 459). Entonces si un médico cirujano se ve inmerso en un proceso legal, debe demostrar que él cumplió con el cuidado debido, por otro lado, si es el paciente es el que demanda debe demostrar el caso fortuito. En el Ecuador la carga de la prueba le corresponde al actor, según disposición del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (2015) “*Carga de la prueba: Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación...*” (p. 46).

El Código Civil (1970) en el artículo 1563 establece que “*El deudor no es culpable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes...*”, (sección 459), pero es el inciso tercero de este mismo artículo, que establece el régimen subjetivo con una inversión de la carga de la prueba al demandado de la diligencia y de la causa extraña, “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha*

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

*debido emplearlo; y la prueba de caso fortuito, al que lo alega” (Código Civil, 1970, sección 459).*

## CONCLUSIONES

Como resultado diremos que la responsabilidad civil derivada de actos médicos en nuestro país es muy amplia, por ello es importante dependiendo del desarrollo jurisprudencial en los próximos años y tomando ejemplos de otros países incorporar en nuestra legislación civil un capítulo especial referente a la responsabilidad médica derivada por actos de salud, claro está, no solamente la estética sino en todas las ramas de la medicina.

Del estudio que hemos realizado, se desprende entonces que la *Lex Artis Ad Hoc* es el deber mínimo exigido por parte del médico cirujano al momento de una intervención quirúrgica, pues lo que se exige al médico es observar cada detalle, cada instrumento, cada examen y todas las situaciones que gira alrededor de cada intervención. Si el profesional de la salud se apega estrictamente a su *Lex Artis ad hoc* en cada intervención, su actuar estará exento de cualquier inconveniente legal.

Finalmente, el presente trabajo tiene como objetivo despejar dudas, en cuanto a saber si las intervenciones quirúrgicas realmente son de resultados o de medios; basados en el estudio podemos decir como criterio final que la medicina satisfactiva busca un objetivo, pero para llegar a ese objetivo debe tomar en cuenta todos los medios y procedimientos necesarios y adecuados, con la finalidad última de que el paciente se encuentre satisfecho con la intervención quirúrgica realizada por el galeno. Nos quedaremos con el criterio de que la medicina satisfactiva es de medios, pero no los medios necesarios requeridos en la medicina terapéutica, sino de medios más exigentes, con mayores cuidados, con procedimientos claros, específicos y sobre todo con un tratamiento pos operatorio adecuado, teniendo claro que si el galeno, se apega a su *Lex Artis ad hoc*, tiene los cuidados necesarios, cumple con las disposiciones reglamentarias, realiza un

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

consentimiento informado detallado, es poco probable que su conducta se traduzca en una responsabilidad civil.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

Acuerdo Ministerial 5316 Modelo de gestión de aplicación del consentimiento informado en la práctica asistencial. Registro Oficial Nro. 510, de fecha 22 de febrero de 2016.

Cabanellas de Torres Guillermo, 1979, Diccionario Jurídico Elemental (17<sup>a</sup>. Ed.)

Código de Ética Médica, Registro Oficial Nro. 876, de fecha 17 de julio de 1979, última reforma 20 de octubre de 1993.

Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial Nro. 46, publicado el 24 de junio de 2005, última reforma 08 de julio de 2019.

Código Civil, 1855, Chile, p. 215.

Código Civil, 1915, Colombia, p. 380.

Código Civil y Comercial, 2014, Argentina, p. 176.

Constitución del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449, publicado el 28 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011.

Corte Suprema, 2013, ingreso 8307-12 Revista de Derecho Privado, Chile.

Bustamante Alsina Hugo, 1957, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 32.

Bustamante Alsina Hugo B.A.H (1986) *teoría general de la responsabilidad civil*. Editorial

Pablo Salvador y Antonio Fernández, 2006, Causalidad y responsabilidad, p. 3

Pérez Tamayo Ruiz P.T.R (1999) El arte Médico y la Lex Artis. Revista CONAMED. Año 3, número 10.

José Rolando Castro-Verdugo; Selene Montoya-Chacón

Yepes Restrepo (1996), *La responsabilidad civil médica*, (p.21-24).

Tamayo Lombana Alberto T.L.A (2005). *La Responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Editorial Doctrina y Ley Limitada.

©2021 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).