

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**RESPONSABILIDAD CIVIL: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA
PRUEBA EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA**

AUTORES:

**VERA MUÑOZ, KAREN ANTONELLA
VERDEZOTO ÁVILA, RICHARD BRYAN**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

GARCÍA AUZ, JOSÉ MIGUEL

GUAYAQUIL, ECUADOR

10 DE FEBRERO DEL 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por los señores, **Vera Muñoz, Karen Antonella y Verdezoto Ávila, Richard Bryan**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la republica del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____

García Auz, José Miguel

DECANO DE LA CARRERA

f. _____

García Baquerizo, José Miguel

Guayaquil, 10 de febrero del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, **Vera Muñoz, Karen Antonella**

Verdezoto Ávila, Richard Bryan

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **Responsabilidad civil: Inversión de la carga de la prueba en la mala práctica médica**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 10 de febrero del 2020

LOS AUTORES

f. _____

Vera Muñoz, Karen Antonella

f. _____

Verdezoto Ávila, Richard Bryan



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Vera Muñoz, Karen Antonella**

Verdezoto Ávila, Richard Bryan

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Responsabilidad civil: Inversión de la carga de la prueba en la mala práctica médica**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 10 de febrero del 2020

LOS AUTORES:

f. _____

Vera Muñoz, Karen Antonella

f. _____

Verdezoto Ávila, Richard Bryan

INFORME URKUND

The screenshot displays the URKUND web interface. On the left, a sidebar contains document metadata: 'Documento' (Tesis Karen Vera Muñoz y Richard Verdezoto Ávila..docx), 'Presentado' (2020-01-22 09:10), 'Presentado por' (maritzareynosodewright@gmail.com), 'Recibido' (maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com), and 'Mensaje' (Tesis Karen Vera y Richard Verdezoto. Tutor Jose Miguel Garcia A. A summary note states: '3% de estas 21 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.'). The main area is titled 'Lista de fuentes' and 'Bloques'. It features a table with columns 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table lists several sources, including a PDF from dialnet.unirioja.es, a 'Tratado Derecho Medico.docx', a PDF from derechoecuador.com, a PDF from TFG NEKANE OCAÑA URBANO, a PDF from lexweb.cl, and a 'CHRISTIAN FREIRE tesis corregida final 20 junio 2016.docx'. Below the table are sections for 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. The bottom of the interface includes a navigation bar with icons for back, forward, and search, and a status bar showing '1 Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

Richard Bryan Verdezoto Avila
Estudiante autor

Karen Antonella Vera Muñoz
Estudiante autor

Ab. José Miguel García Auz. Mgs
Docente tutor

AGRADECIMIENTO

A Dios y la Virgen, por guiarme y ayudarme a superar todos los obstáculos a lo largo de la vida, logrando salir siempre adelante.

A mi madre y familia, por todo lo que han hecho por mí, por su amor, y soporte en todas las etapas de mi vida.

A Bryan, por su amor y apoyo incondicional, por siempre estar ahí y nunca dejarme sola ante cualquier circunstancia.

A mis mejores amigas, Ángeles y Valeria, por siempre brindarme su amistad sincera y apoyo constante no solo durante toda mi carrera universitaria, sino mi vida.

A mi tutor José Miguel García, por su guía, paciencia y ayuda constante como tutor y docente a lo largo de la carrera.

A Ricky Benavides, por ser desde el día uno, un docente excepcional y convertirse en amigo para cada uno de nosotros.

DEDICATORIA

A mi madre, por ser mi ejemplo a seguir, por enseñarme a ser mejor cada día, por su apoyo y amor incondicional que me llevan siempre a cumplir mis metas más anheladas.

AGRADECIMIENTO

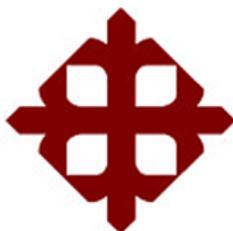
A Dios por permitirme haber estudiado y ayudado en esta hermosa carrera.

A mi querida madre Maritza Avila López que gracias a su apoyo incondicional y a su esfuerzo pude terminar mi carrera.

A mi gran acompañante de vida y de mi etapa universitaria Karen Vera por su apoyo constante y cariño me he superado, como también he aprendido mucho.

A mi familia que siempre han confiado en mi y me han dado su apoyo en todas las etapas de mi vida.

A mis amigos por ser parte de mi vida universitaria.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

MARYTZA REYNOSO DE WRIGHT
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

RICKY BENAVIDES VERDESOTO
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ACTA DE INFORME PARCIAL

el abajo firmante, docente tutor del trabajo de titulación denominado “**RESPONSABILIDAD CIVIL: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA**”, elaborado por los estudiantes **KAREN ANTONELLA VERA MUÑOZ** y **RICHARD BRYAN VERDEZOTO AVILA**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichos estudiantes han obtenido la calificación de **10 (DIEZ)** lo cual los califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Ab. José Miguel García Auz, Mgs

Docente Tutor

ÍNDICE

RESUMEN.....	XII
ABSTRACT	XIII
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO 1	4
Responsabilidad	4
La responsabilidad extracontractual y contractual	7
Mala práctica médica en Ecuador	9
La prueba.....	11
Inversión de la carga de la prueba	13
CAPÍTULO II	15
Carga probatoria en Ecuador	15
Legislación española	17
Medicina satisfactiva.....	18
Daño desproporcionado.....	20
Falta de historia clínica.....	21
Solución a la problemática en nuestra legislación.....	22
CONCLUSIONES.....	24
RECOMENDACIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	26

RESUMEN

En el Ecuador, el campo de la medicina ha ido creciendo considerablemente por muchos factores, ya sea por el aumento de enfermedades, cuestiones estéticas, o simplemente situaciones inesperadas que ocurren en la vida de las personas, como consecuencia de esto se ha ido estableciendo en el país muchos más centros médicos y por ende más profesionales de la salud. Existen ocasiones en las que producto de estas intervenciones, el resultado de las mismas no es exitosa, ya sea por razones naturales o por la mala práctica médica de los doctores; por tal motivo con regularidad se siguen procesos judiciales, en donde se deliberara si el galeno tiene o no algún tipo de responsabilidad, o si fueron simplemente causas externas al doctor o la clínica, por tal motivo en el trabajo a desarrollar se analizara la carga de la prueba y la inversión de la misma, ya que estrictamente en el ámbito sanitario, el instituto de salud o el médico son los que pueden brindar toda la documentación, herramientas e información necesaria para que el juez en base a su análisis de ese conjunto de pruebas, vea cual es el que comprueba la veracidad de los hechos que son materia de la discusión.

Palabras claves: responsabilidad, prueba, carga de la prueba, mala práctica, médicos, daños, salud.

ABSTRACT

In Ecuador, the medical field has been growing considerably due to many factors, whether due to the increase in diseases, aesthetic issues, or simply unexpected situations that occur in people's lives, as a consequence of this it has been established in the country many more medical centers and therefore more health professionals. There are occasions when, as a result of these interventions, the result of these interventions is not successful, either for natural reasons or for doctors' bad medical practice; For this reason, judicial processes are regularly followed, where it will be deliberated whether or not the doctor has any type of responsibility, or if they were simply external causes to the doctor or clinic, for this reason in the work to be carried out, the burden of the proof and the investment of the same, since strictly in the sanitary scope, the institute of health or the doctor are those that can provide all the documentation, tools and necessary information so that the judge based on his analysis of that set of evidence, see which is the one that verifies the truth of the facts that are the subject of the discussion.

Keywords: responsibility, test, burden of proof, medical bad practice, doctors, damages, health.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia la medicina ha ido evolucionando y tomando la mayor de las importancias dentro de todas las sociedades. Todo comenzó en la mitología griega, en donde Apolo, que se lo conoce como el “Dios de la medicina”, era doctor de los dioses olímpicos y se dice que curaba las heridas con una raíz de peonia. (Jaramillo, 2001, pág. 104)

Cada Estado tiene la responsabilidad y obligación de velar los derechos de los ciudadanos, específicamente en este caso nos basaremos en la salud, así lo estipula el artículo 32 de la Constitución de la República, de la misma manera nos dice que “La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.” (Asamblea, 2008)

Por lo anteriormente mencionado, es que cuando en ocasiones existen casos de mala praxis médica o también conocida como negligencia médica, es que debemos recurrir a las leyes internas de cada país, para saber cómo se va a sancionar y resarcir el daño causado; en el Ecuador solo el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, es el único que castiga dicho tipo penal, pero de manera general en el ámbito profesional, por lo cual nosotros lo adjuntaremos a la parte médica.

Como lo hemos estudiado a lo largo de nuestra carrera al referirnos de una responsabilidad médica, será el deber u obligación que tiene el médico hacía con sus pacientes, de hacerse cargo de sus actos, reparando o resarciendo los daños que le ocasionó.

Es importante hacer énfasis en que ningún humano es perfecto y se pueden cometer errores en la vida cotidiana, y la medicina no queda fuera de estas equivocaciones, pero así como pueden existir faltas o derecho a las mismas, no significa que vayan a estar exentos de cualquier tipo de responsabilidades; sin embargo hay una gran diferencia entre cometer un error y la mala práctica médica, y es que al referirnos de la primera, se pudo haber prevenido el daño que se iba a causar, pero por algún tipo de temor se falló, mientras que la segunda se da cuando el médico deja de cumplir aquellas normas que regulan dicha profesión afectando así la vida del paciente de diversas formas. (Méndez, 2015)

Pero como en todo proceso en el derecho para determinar la responsabilidad del médico en este caso, se necesitan pruebas para adjuntarle cualquier culpabilidad, esta decisión será potestad netamente del juez, ya que el tendrá la decisión final, en base a los hechos probados, nuestra legislación contempla su correcta aplicación en el Código Orgánico General de Procesos, clasificando que tipos de pruebas existen y cuando se va a aplicar de manera correcta alguna de estas.

En el caso algunas profesiones, pero específicamente en el campo médico, cabe recalcar que la mayoría de las pruebas las posee el doctor o la clínica, por tal motivo al actor muchas veces se les hace casi imposible tener acceso a documentos primordiales que le servirán de prueba para determinar si existe o no dicha responsabilidad; es por esta razón que nosotros analizaremos en nuestra tesis sobre la inversión en la carga de la prueba, de la cual hablaremos más adelante, pero que a breves rasgos Serra la define como “un tipo de exoneración que tiene la parte actora de probar lo que ha alegado” (Albaladejo, 1991, págs. 117 - 146)

Por tal motivo, cuando ocurre una negligencia médica, específicamente en ciertos casos que veremos más adelante con el desarrollo de este trabajo, veremos que el actor se encuentra en estado de indefensión o en desventaja, frente al médico culpable de los perjuicios ocasionados, y es por eso que es de vital importancia la aplicación en nuestra legislación de la inversión de la carga de la prueba.

CAPÍTULO 1

Responsabilidad

Dentro de la sociedad existen valores que todos conocemos y muchos gozan de ellos, entre todos esos destacaremos el de la responsabilidad, en el cual la Real Academia Española la define en tres puntos de vistas semejantes, uno de estos es la cualidad de la persona responsable, otro es la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. y por último capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. (RAE, 2019)

A lo largo de la historia la responsabilidad ha ido evolucionando en mayor cantidad en el área civil, pero claramente sin dejar atrás lo penal, de esta manera Antonio Fernández Fernández ve a la responsabilidad como una parte fundamental del ordenamiento jurídico, además hace referencia a Hans Kelsen, que establecía que en todo orden jurídico deberá existir una regla, en la cual conlleve una sanción, la misma que en ocasiones obliga a responder por todos los perjuicios ocasionados y determinando el responsable de los mismos. (Fernández, 2014).

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico también define la responsabilidad como, la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. (Cabanellas, 2018) En pocas palabras la responsabilidad en materia de derecho, se da cuando una persona infringe una conducta establecida en un ordenamiento jurídico y por ende debe hacerse responsable de sus actos, ya sean dañosos o culposos. Pero de igual manera también lo podemos entender como un nexo causal que relaciona al sujeto realizó el daño, con los actos ocasionados.

Existen varios tipos de responsabilidades en derecho, en este caso analizaremos tanto la responsabilidad en cuanto a lo penal, como en lo civil, en el caso de la primera, la responsabilidad penal surge cuando una persona, en contravención a las normas que describen

las conductas delictivas, comete en forma dolosa o culposa alguno de los ilícitos previstos por dichos ordenamientos. (Montaudón, 2016)

Como hemos estudiado a lo largo de nuestra carrera, la responsabilidad penal, considera a las sanciones, como penas, las mismas que deberán ser aplicadas teniendo en cuenta la gravedad del delito y su proporción.

Para el profesor Carlos Künsemüller, “la responsabilidad penal es la consecuencia ordinaria de la comisión de un delito e implica para el culpable la obligación de someterse a la pena que la ley haya establecido.” (Künsemüller, 1986, pág. 259)

Künsemüller también nos dice que dicha pena o también conocida como sanción tiene la particularidad de ser aflictiva, además de denotar una privación o decrecimiento de los derechos personalísimos de la persona declarada culpable, y se manifiesta mediante la privación de libertad al responsable de los daños causados. (Künsemüller, 1986, pág. 259)

Pero como sabemos al hablar de una responsabilidad penal más aun en el ámbito médico, que es materia de esta tesis, también suele acarrear una responsabilidad civil, la cual consiste en una obligación que tiene una persona para poder reparar los daños producidos hacia otra, por un actuar que va en contra de lo que el derecho manda. Esta responsabilidad civil tiene clasificaciones, de las cuales hablaremos a continuación.

Arturo Alessandri en su libro de la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno establece la responsabilidad penal como “la responsabilidad penal es la que proviene de un delito o cuasidelito de una acción u omisión voluntaria o culpable penada por la ley”. (Alessandri, 2014, pág. 24)

Al momento de que un sujeto cometa una acción o una omisión antijurídica y esta se adecue en un tipo penal preestablecido por la ley, el estado por medio del poder judicial tendrá la potestad de sancionar tal delito a la persona que cometió la infracción, por ende, esta persona será responsable de forma individualizada por sus actos, que dependiendo de la infracción va a ser sancionado.

El mismo Alessandri nos dice que la responsabilidad civil:

Es la que proviene de un hecho o de una omisión que cause daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasi delictual o legal, según que provenga de la inexecución total o parcial de un contrato, de un delito o cuasidelito civil o simplemente de la ley, como en el caso de los accidentes de trabajo. (Alessandri, 2014, pág. 24)

Al hablar de responsabilidad civil estamos hablando de una falta a una obligación que se debería dar, hacer o no hacer en el caso de que sea una responsabilidad contractual, o que una persona cause un daño a otra sin que haya una relación contractual existente. un ejemplo del primer caso sería que dos personas celebren un contrato en la cual una de las partes venda una cosa y la otra se comprometa a pagarla, pero la persona que se comprometió a entregar la cosa no la efectúa y producto de la no entrega le causa un perjuicio a la otra parte, entonces este sujeto será responsable a resarcir los daños causados por la falta de esa obligación. Un ejemplo del segundo caso sería cuando una persona caminando por la vereda de repente le cae un macetero en la cabeza producto de que este macetero estaba mal ubicado en el balcón de una casa, entonces el dueño de la propiedad será responsable por los daños causados de la caída del macetero en la cabeza del sujeto.

La responsabilidad civil se divide en dos partes, por un lado, tenemos a la responsabilidad contractual y por otro la responsabilidad extracontractual.

Claramente debemos identificar y definir estos dos tipos de responsabilidades, existen muchos autores que hacen referencia a este tema, pero para Alessandri la responsabilidad contractual establece que “es la que proviene de la violación de un contrato” (Alessandri, 2014, pág. 34)

Por otro lado, René Abeliuk en su libro las obligaciones establecen la responsabilidad contractual “es la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación.” (Abeliuk, 1993, pág. 124)

El factor más importante de la celebración de un contrato es que la obligación que se establezca en el mismo deberá ser cumplida en la forma que se estableció en el mismo, entonces la parte que se obligó a cumplir ese contrato deberá hacer todo lo posible para que se perfeccione, ya que el contrato es un acuerdo de voluntades, en la cual la parte que se obliga se comprometió a cumplir sin estar bajo ninguna amenaza, entonces si esta persona que se obligó a cumplir el contrato y no lo cumple tendrá que responder por los daños causados de su

incumplimiento ante el acreedor, ya que existe un vínculo y ese vínculo le da la potestad al acreedor de reclamar por los daños causados de su incumplimiento.

La responsabilidad extracontractual y contractual

Abeliuk menciona que la responsabilidad extracontractual “Consiste en la obligación en que se encuentra el autor de indemnizar los perjuicios que su hecho ilícito ha ocasionado a la víctima.” (Abeliuk, 1993, pág. 124)

Como ya antes hemos mencionado la responsabilidad extracontractual no nace de un contrato, sino nace de un hecho en que una persona como consecuencia de este hecho, en el cual el resultado de aquello es netamente responsabilidad de él, ya sea porque el daño provenga de cosas de su propiedad o por medio de sus propios actos realizó un daño a otra persona, entonces podremos decir que la responsabilidad extracontractual no existe una obligación previa como vinculo de ambos sujetos.

La responsabilidad extracontractual según la doctrina puede ser subjetiva y objetiva, la primera es una teoría clásica, mientras que la segunda es una teoría moderna “es subjetiva la que se funda en el dolo o la culpa del agente. Es objetiva la que se funda en el riesgo.” (Alessandri, 2014, pág. 69)

Palabras de Rene Abeliuk en su libro las obligaciones tomo 1 conceptualiza la responsabilidad subjetiva como:

La doctrina clásica señala fundamento de la obligación que la ley impone de indemnizar causado la culpabilidad del agente, esto es, la actitud reprochable del autor del delito o cuasidelito, que puede recorrer una cierta graduación desde el dolo a la más leve negligencia, pero que le impone la necesidad de responder de su conducta. Para esta doctrina, dos son los requisitos fundamentales de la responsabilidad extracontractual: el daño y que él haya sido originado por la culpa o dolo de quien lo ha provocado. (Abeliuk, 1993, pág. 125)

La misma posición sobre la responsabilidad subjetiva la tiene Alessandri en su libro *Ámbito de la responsabilidad extracontractual*:

La responsabilidad subjetiva supone, necesariamente la culpabilidad de su autor; no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Para saber si

la hay, es de rigor analizar la conducta del sujeto; por eso se la llama subjetiva. (Alessandri, 2014, pág. 69)

Entonces podríamos decir que la responsabilidad subjetiva conlleva por parte de la persona que imputa a otra de causarle un daño a probar la culpa o dolo de esta sobre el daño causado y esto se deberá hacer gradualmente, en el caso de nuestra legislación viene a ser entre culpa grave, leve y levísima.

El otro tipo de responsabilidad que es la objetiva Abeliuk en su libro las obligaciones tomo 1 expresa esta responsabilidad como:

“La doctrina de la responsabilidad objetiva o del riesgo, como también se la llama, porque ella no atiende como lo anterior a la conducta del agente, a su culpabilidad, sino meramente al resultado material que de ella ha derivado: el daño. La obligación de indemnizar exige fundamentalmente la existencia de un perjuicio ocasionado a otro por la conducta del autor del mismo.” (Abeliuk, 1993, pág. 125)

Por otro lado, tenemos a Alessandri en su libro de la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno nos habla sobre la responsabilidad objetiva:

“La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte.” (Alessandri, 2014, pág. 69)

La responsabilidad objetiva se desprende de la culpa que pueda tener el sujeto al momento de causar el daño, sino que la persona va a ser responsable por el simple hecho de que causo el daño, esta teoría se basa en el riesgo, o sea toda actividad va a conllevar a un margen de riesgo y como existe tal riesgo la persona será responsable si causa un daño, entonces solo se tendrá que probar que como consecuencia de la actividad realizada se produjo un daño.

Luego de haber conceptualizados estas dos responsabilidades ahora podemos establecer diferencias sustanciales de estas dos.

La responsabilidad contractual es la sanción impuesta por la ley a esa infracción; es uno de los efectos que la ley atribuye a la fuerza obligatoria del contrato. En la responsabilidad delictual o cuasi delictual, en cambio, no existe ningún vínculo jurídico entre la víctima y el autor del daño, y si llegare haberlo, el hecho ilícito nada tiene que ver con él. Y es de la realización de este hecho, y únicamente de él, que nace la obligación de reparar el daño. Pag36

Como podemos apreciar la responsabilidad contractual la obligación de reparar nace exclusivamente del incumplimiento del contrato, o sea que ya existe un vínculo, en cambio en la responsabilidad extracontractual la obligación de reparar nace del hecho ilícito sin que necesariamente haya un vínculo jurídico previo entre los dos sujetos.

Otra diferencia que podemos señalar es la que indica Alessandri con respecto a la responsabilidad contractual en relación a la prueba “el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación, no necesita probar que su incumplimiento proviene de la culpa del deudor, esta queda demostrada por el solo hecho de ese incumplimiento.” Al momento de que el acreedor pruebe la existencia del contrato, el deudor estará obligado a probar que el incumplimiento de aquel contrato no es responsabilidad de él. En la responsabilidad extracontractual “Es la victima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste”.

Mala práctica médica en ecuador

Para poder entender que es la mala práctica médica es importante conocer la definición sobre el tema, para el doctor Carlos Tiffer en su libro mala praxis y sus consecuencias penales nos dice que: “La mal praxis se da cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta de los deberes profesionales” (Tiffer, 2001, pág. 44).

La mala práctica médica se ve evidenciada por un mal actuar del médico debido a varias circunstancias que le podría acarrear, por lo cual la consecuencia de este acto va a ser un perjuicio para el paciente, si bien en la medicina siempre hay un riesgo, el medico normalmente debe actuar con el mayor cuidado posible en las intervenciones médicas para poder obtener

resultados óptimos, pero en el caso en donde un médico que actúe con los mínimos cuidados o simplemente omite prácticas seguras con su paciente se está evidenciando que este médico actuó de una manera negligente.

“Aun cuando el médico siempre trata de ayudar a su paciente, en ese intento puede cometer errores, equivocarse o tener algún descuido que ocasione daño al paciente; si bien no intencional, el daño puede ser culpa del médico.” (Tamayo 2009, pág. 409)

Los errores médicos no son con el ánimo de causar daño, ya que normalmente un médico siempre actuará para el beneficio de su paciente, ya sea en una operación, o al diagnosticar y curar una enfermedad o simplemente dar una receta, todos estos actos el médico siempre van a ser realizados con la finalidad de obtener los mejores resultados, pero en este actuar el médico puede omitir las exigencias de la *lex artis* causándole un grave daño al paciente.

Podemos encontrar un concepto de la *lex artis* en el diccionario médico de la Clínica Universidad de Navarra “Conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina (ver comités médicos, mala práctica), así como con las peculiaridades personales de cada paciente (ver salud).” (averiguar cómo se cita).

Los galenos al momento de hacer cualquier práctica médica deben actuar bajo la *lex artis*, ya que esto va a garantizar que todos los procedimientos que el médico va a efectuar en sus pacientes van a ser los óptimos y así tanto el médico como el paciente van a tener la seguridad de que el resultado de todo lo anterior va a ser el correcto. Como vemos el problema está cuando el médico no sigue las prácticas de la *lex artis* y como consecuencia de aquello el médico siempre actuará bajo la mala práctica médica.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 54, inciso primero de manera general nos habla sobre la responsabilidad civil y penal que tendrán las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, pero en el segundo inciso se enfoca más en las malas prácticas profesionales en cuanto a su responsabilidad cuando ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

La prueba

Tal cual lo plantea el Abogado Adolfo Alvarado, en su libro *La prueba judicial*, “probar lo define como analizar o examinar las características de una persona o cosa, y su finalidad es demostrar la verdad de una propuesta referida a dicha persona o cosa, y uno de los significados comunes de esta palabra, es la de justificar, manifestar, y hacer evidente la certeza de un hecho o acto y la veracidad de una cosa, mediante los diferentes medios de prueba que existen en cada legislación.” (Alvarado, 2010, pág. 1)

Antes de comenzar a hablar netamente sobre la inversión de la carga de la prueba es importante ir desde lo más básico, como definir a la prueba, según Guillermo Cabanellas es “la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.” (Cabanellas, 2018)

Es decir que cuando nos referimos a una prueba, queremos demostrar o comprobar la producción o el cometimiento de un determinado hecho o circunstancia, por ende, si se quiere llegar a la verdad de lo sucedido, se va a necesitar de manera obligatoria, ya sean testimonios, documentos, hechos, y demás que sirvan como medios de prueba, los mismos que como veremos más adelante le servirán al juez para tomar una decisión final, en base a la correspondencia de los sucesos cometidos.

Tal cual lo plantea el Abogado Adolfo Alvarado, en su libro *La prueba judicial*, “probar lo define como analizar o examinar las características de una persona o cosa, y su finalidad es demostrar la verdad de una propuesta referida a dicha persona o cosa, y uno de los significados comunes de esta palabra, es la de justificar, manifestar, y hacer evidente la certeza de un hecho o acto y la veracidad de una cosa, mediante los diferentes medios de prueba que existen en cada legislación.” (Alvarado, 2010, pág. 1)

Según Jorge Cardoso define el término probar como: “

“demostrar a otro la verdad de algo. Para hacerlo se acostumbra a usar medios habitualmente considerados aptos, idóneos y suficientes. La persona ante quien se exhiben interviene como crítico, para establecer, mediante un proceso de su propia razón, si son o no suficientes, pertinentes, aptos, idóneos y adecuados para demostrarle la verdad que quiere dársele. Si la admite, se dice entonces que ha obtenido convicción, la cual no es otra cosa sino la certeza de estar acordes su verdad interna o subjetiva con

la verdad externa u objetiva que se desprende de los medios expuestos.” (Cardoso, 1986)

Para Jaime Guasp la prueba es “un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos” (Guasp, 1977, pág. 80). En base a lo mencionado anteriormente, es lo que yo considero como el fin de la prueba, ya que se necesita tener todos los testimonios, documentos, y demás tipos de la misma que se ven involucradas para convencer al juez de que tenemos la razón, en este caso para ratificar que existió una negligencia médica por parte del galeno o clínica o no.

La prueba es uno de los pilares fundamentales en todo proceso en Derecho, ya que será de vital importancia para resolver estos cuando exista duda o falta de claridad para tomar alguna decisión, ya que esto servirá para persuadir y convencer al juez de la veracidad del hecho que estamos probando; por lo anteriormente mencionado Michele Taruffo la define como “el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos.” (Taruffo, 2009, pág. 59)

En base a lo que dicen nuestras normas, en cuanto a la admisibilidad de una prueba deberá reunir los siguientes requisitos de: “pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará, con lealtad y veracidad, en donde la o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.” (Cornejo, 2016)

Cada legislación admite que tipo de pruebas se va a usar en los procesos, pero de manera general suelen ser los documentos, herramientas, personas, situaciones, etc., por eso Taruffo también nos dice que se puede considerar admitir todo tipo de pruebas, ya sean estas típicas o atípicas, deben ser importantes, siempre y cuando sirvan de gran colaboración para tomar una decisión final, pero el mismo autor pone como una clara excepción, en cuanto a las pruebas que pueden ser relevantes, pero se consideran inadmisibles por alguna ley previamente establecida. (Taruffo, 2009, pág. 60)

En base a lo anterior se concluye la suma importancia de la prueba y la relevancia que conlleva tener siempre todas las herramientas necesarias para que se convenza al juez de que ya sea de que el galeno es responsable de los actos dañinos o no, además de que esta se crea bajo el menester y deber de hacer palpable todo aquello que se manifieste, plantee o asegure, y que a su vez de esta manera nos pueda llevar a la verdad de los hechos ocurridos.

Inversión de la carga de la prueba

Es importante mencionar que en lo cotidiano o con normalidad se plantea que “la carga de la prueba recaía sobre quien afirmaba un hecho y no sobre quien lo negaba. Hoy se sostiene que la carga de la prueba no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer un litigio.” (Cornejo, 2016)

Pero antes de hablar de un término completo como carga de la prueba, debemos tener claro que se conoce como carga, de esta manera Devis Echendia, citado por Botto Oakley, nos da un concepto sobre la misma:

“En consecuencia, podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.” (Botto, 2006, págs. 207-208)

Según el análisis de varios autores la carga de la prueba “hace referencia a la autorresponsabilidad que tienen las partes para hacer la válida aclaración de que la carga, no es ni una obligación ni un deber, pues no existe sujeto o entidad alguna, legitimada para exigir su cumplimiento a las partes.” (Díaz, 2014, pág. 268)

El jurista Hernando Devis Echandía citado por Botto Oakley, nos la define como:

“una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables” (Botto, 2006, págs. 207-208)

Nuestra legislación reconoce la carga de la prueba en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, en donde dice que “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.” (Registro Oficial No. 506, 2015); esta manera de ver este punto es clave para comenzar el análisis sobre la inversión de la carga de la prueba, la misma que iremos desarrollando a continuación.

En palabras de Ignacio Avendaño, hace referencia de manera general a una inversión de la carga de la prueba o una más equitativa para ambas partes, en donde plante lo siguiente:

“se trata de trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Es decir, se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o de hecho para producirla. Todo ello en pos de la búsqueda de la verdad.” (Avendaño, 2016)

Pero lo citado en el párrafo anterior, se ve de manera general en todo tipo de procesos, pero nosotros nos basamos netamente en la parte médica, en cuanto a la negligencia tanto de doctores, o de la institución que está brindando la atención en salud.

El artículo mencionado en base a lo que dice nuestra ley, hace un claro énfasis en que es la parte actora quien debe probar los hechos, es por esto que al referirnos sobre una inversión de la carga probatoria estaríamos yéndonos en contra de lo que dice dicha norma, ya que en este caso el medico también tiene la obligación de demostrar la certeza de esos hechos, ya que este posee toda la información, herramientas y documentos necesarios para asegurar el hecho que ha sucedido.

En relación a lo anterior Jorge Larroucau de la Revista de Derecho de Valdivia nos dice que “la carga de la prueba no depende necesariamente del modo en que los sucesos ocurren, sino de quién es el que dispone de la información sobre esos hechos, de modo que perfectamente la carga probatoria podría ser compartida por los dos litigantes en algunos casos.” (Larroucau, 2014, pág. 66).

En sí, al referirnos de una inversión de la carga probatoria, estamos hablando de un desplazamiento, que se le hace a la otra parte, en estos casos de negligencia médica, sería al demandado, a quien iría dirigida, de esta manera cambiaría la estructura regulada de que es el actor quien debe presentar las pruebas, pues este ya no tiene aquella obligación, sino la parte contraria.

CAPÍTULO II

Carga probatoria en Ecuador

Actualmente en nuestro país el proceso para demandar a un médico por indemnización de daños ocasionado por una mala práctica médica es el actor quien debe probar que el profesional de la salud actuó de una manera negligente, o sea debe aportar con pruebas que involucren al médico que actuó con culpa, en el código orgánico general de procesos en su artículo 169 nos dice que la 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.” (Registro Oficial No. 506, 2015) Por regla general se aplica dicho artículo, pero hay casos en que la ley si prevé la inversión de la carga de la prueba, en el mismo artículo nos dice:

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley. (Registro Oficial No. 506, 2015)

Como podemos observar una relación común entre estos casos de inversión a la carga de la prueba es que se protege a la parte actora, ya que es muy difícil que esta parte pueda obtener tales pruebas por su posición de incapacidad para poder proveerlas y de no existir tal inversión se verían en una desventaja dentro del proceso, por ende, el juez fallaría en contra del actor. Entonces la ley protege al actor en estos casos para que no se vea en desventaja durante el proceso probatorio y así poder estar en una posición de igualdad con el demandado.

En materia de legislación médica no encontramos nada relacionado con la inversión de la carga de la prueba en el campo de negligencia médica, así que, en los casos de demandas por indemnización médica, le va a corresponder a la parte actora toda la carga probatoria y en el caso de que no logre probar los hechos que llevaron al médico dentro de una intervención quirúrgica a una mala práctica médica, el juez fallará a favor del profesional de la salud.

El problema surge en el momento que la parte actora se encuentra en una posición de desventaja, ya que al no ser un profesional de la salud está incapacitado para saber cuáles son los procedimientos médicos que se debieron seguir para que una intervención sea satisfactoria, o que no se ha preparado tantos años como se debería preparar un buen médico, también no tiene un nivel de experiencia adecuada para este campo, como tampoco simplemente no tiene acceso a su historial médico que por lo general está en posesión del médico o de la clínica, todo esto hace imposible que la parte actora y por ende la parte afectada pueda aportar con pruebas en el proceso y esto es un factor para que el juez falle a favor de la parte demandada por el simple hecho de que las pruebas aportadas por el actor no sean suficientes para que el juez falle a favor de él.

Como ya antes hemos mencionado el gran problema de que el actor lleve toda la carga de la prueba se concreta en el hecho de que no podrá completar todos los requisitos para probar que hubo un daño ocasionado por el profesional de la salud como también probar el nexo causal de la acción ilícita con el daño ocasionado.

Un gran ejemplo de este problema lo vemos reflejado en la jurisprudencia serie 18 con gaceta judicial 13 de 09 de mayo del 2013

Sin embargo, a la luz de los planteamientos teóricos que quedan señalados en esta sentencia sobre el tema de la causalidad, no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino. No es posible presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada. Por tanto, al no existir el nexo causal probado, uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar. (Corte Nacional de Justicia , 2013, pág. 8)

En resumen la sentencia antes citada la corte nacional de justicia había negado el recurso de casación alegando de que la parte actora no había proporcionado las pruebas suficientes para poder probar el nexo causal del daño con la acción u omisión del médico que participó en esa intervención, ya que el actor no tuvo acceso al historial médico porque esto solo lo mantiene los médico y la clínica, por lo que la mayoría de los casos la parte afectado

está imposibilitada de acceder a esta prueba, como también no tiene los conocimientos pertinentes para saber cuáles son los protocolos y los procedimientos que se debió seguir en tal intervención, entonces el actor se encuentra en una posición de desigualdad probatoria al momento del juicio, tal como lo establece el voto salvado de la sentencia antes citada:

Resulta evidente en estos casos de prestación deficiente de servicios públicos de salud, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión, esto es la institución médica de que se trata; por lo que hay una desigualdad real entre el/la paciente víctima del daño y el hospital donde se realiza la intervención médica, con relación a la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del caso concreto, así como la valoración técnica-científica que se haya realizado conforme la *lex artis*. Resulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de una *probatio* diabólica. (Corte Nacional de Justicia , 2013, pág. 12)

Legislación española

En España si bien en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en su artículo 217 inciso 2 establece como regla general “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.” (pág. 141). Pero en su inciso 7 habla de una excepción a la regla general “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.” (pág. 141) Que clara mente podremos observar que le tocará la carga de la prueba a la parte que tenga mayor disponibilidad y facilidad probatoria, esto va conjunto a la jurisprudencia que nos habla sobre la carga de la prueba que van a tener los médicos.

Según Julio Albi Nuevo en su publicación la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria menciona que la jurisprudencia española divide en 3 excepciones

la regla general de la carga probatoria “Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo tres situaciones en las cuales debía operar la inversión de la carga de la prueba: - Medicina satisfactiva e información - Daño desproporcionado. - Falta de historia clínica.” (Albi, 2013, pág. 266)

Medicina satisfactiva

En la cirugía estética por su naturaleza de ser una intervención de resultados y no medios, ya que el paciente se somete a una operación estética por verse mejor en su aspecto físico, entonces el fin del paciente no es curar ninguna enfermedad, ni seguir un tratamiento, es netamente estético, por ende el paciente le solicita al médico que desea someterse a una operación y que él desea modificar su aspecto físico para posterior a la operación recibir un resultado ya antes pactado con el cirujano, por ejemplo una persona que nació con una nariz que ella considera fea y busca a un cirujano para que le hagan estudios y que le muestre que nariz es apta para la forma de su cara, después de varios estudios y pruebas el doctor le dice a la paciente que un determinado tamaño y forma de nariz le quedaría perfecta, entonces procede a operar. El pacto que realizan estos dos sujetos de un resultado, porque se llegan un acuerdo anterior para que el médico le opere la nariz de una determinada manera al paciente, o sea lo que se espera es que al finalizar la intervención médica se logre una satisfacción total de la operación por parte del paciente, entonces va a haber un grado mayor de responsabilidad por parte del médico.

Esta excepción no es aplicada directamente solo por el simple hecho de que el daño provenga de una intervención de una cirugía estética, sino que va ligada con la información sobre toda la intervención quirúrgica proporcionada por el médico hacia el paciente.

Según Julio Albi en su publicación la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria nos habla:

Si bien, el criterio es claro respecto al criterio de la carga de la prueba, lo que se ha hecho por parte de los tribunales, en casos de medicina voluntaria es reforzar en gran medida la exigencia de información al paciente. En este sentido, estimamos de relevancia la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de León de 16 de octubre de 2013 (LA LEY 170010/2013), que

establece: También según la jurisprudencia, recogida en la sentencia que acabamos de citar, la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario (SSTS de 16 de octubre de 1998 , 8 de septiembre de 2003 y 19 de junio de 2007 , entre otras) y la carga de la prueba de dicho deber, según las circunstancias de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria -en la forma que hoy recoge el artículo 217 LEC 2000 (LA LEY 58/2000) -, debe recaer sobre el profesional de la medicina o el centro o servicio de salud al que pertenece, por ser quien se halla en situación más favorable para ofrecer la prueba (SSTS de 28 de diciembre de 1998 , 19 de abril de 1999 , 7 de marzo de 2000 , 2 de julio de 2002 y 18 de mayo de 2006). Añadiendo más adelante que: El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997, 27 de abril de 2001, 22 de julio de 2003 y 29 de octubre de 2004). En la medicina satisfactiva la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007 y 23 de mayo de 2007). ... Por lo tanto, aun cuando consideremos probado que hubo información, no lo está que la misma se proporcionara con el nivel de intensidad propio de la medicina no estrictamente necesaria o satisfactiva que exige la jurisprudencia a que con anterioridad nos hemos referido. (Albi, 2013, pág. 270)

Entonces como ya hemos visto esta información dada por el médico no debe tener los requisitos establecida en esta jurisprudencia para que la carga de la prueba recaiga sobre el médico porque el paciente al momento que no se le informe sobre lo que pueda pasar en tal intervención, no podrá probar después la negligencia médica sufrida.

Daño desproporcionado

La jurisprudencia 830/2003 del tribunal supremo español sal de lo civil con fecha 15 de septiembre habla sobre:

Las sentencias de instancia estiman la realidad del daño y la presencia del nexo causal y desestiman la demanda por falta de prueba de la culpa. Razonamiento que no puede compartirse:

* no se trata de que no se ha probado la culpa sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación ; en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002, declara que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.

* Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, sentencias de 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003, entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: 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 Anscheínsbeweís (apariencia 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 . (Tribunal Supremo, 2003, pág. 3)

En esta jurisprudencia establece una excepción clara a la regla general de que la carga de la prueba recae sobre la parte actora, esta excepción proviene cuando hay un daño desproporcionado al momento de la intervención quirúrgica, tal daño se considera no previsto como resultado de la intervención, o sea que no debería pasar en una intervención normal. En este caso excepcional aplicaría la inversión de la carga de la prueba, ya que para la víctima sería difícil poder probar este daño por su desconocimiento científico sobre el tema, entonces la jurisprudencia española ampara a la víctima otorgándole una inversión probatoria hacia al médico para que sea el que con su conocimiento y experiencia pueda probar que su actuación dentro de la intervención no tiene un nexo con el daño y si no logra probar lo anterior, entonces se considera que actuó con negligencia.

Falta de historia clínica

La obtención del historial clínico siempre es un desafío para la víctima, que casi siempre es imposibilitado de obtener porque tal historial siempre está en manos del médico o de la clínica, entonces en un juicio en donde el historial clínico sea una prueba fundamental para la decisión del juez siempre será una desventaja para parte actora, y por ende siempre en estos casos esta parte será la perjudicada.

La jurisprudencia española del 13 de julio del 2012 recurso número 2742/2008

Sobre la carga probatoria cabe señalar que la falta de historia clínica invierte la carga de la prueba respecto de la parte que tiene mejor acceso a tal medio, es decir, al médico, lo que, en su caso, junto a la desproporción del resultado puede determinar la apreciación de responsabilidad, criterio ya mantenido por la STS, Sala 1ª, de 2 de diciembre de 1996, y hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud para la aplicación de los principios generales sobre carga probatoria -corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a su pretensión- el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las parte del litigio, lo que hace recaer sobre la Administración sanitaria o, en su caso, sobre el facultativo que desarrolla su actividad en el ámbito privado, las negativas consecuencias derivadas de una eventual infracción del

deber de custodia y conservación de la historia clínica, y en todo caso sobre el facultativo el incumplimiento de la obligación del principio de existencia misma e integridad de la historia clínica habida cuenta que deberá quedar constancia de toda la información sobre su proceso asistencial de modo que permita el conocimiento veraz y actualizado de su estado de salud. (Tribunal Superior de Justicia, 2012, pág. 7)

Solución a la problemática en nuestra legislación

Como ya hemos revisado que en nuestro país existe una gran desigualdad probatoria entre el médico y el paciente al momento de establecer la negligencia del profesional de la salud, no podemos aplicar la inversión de la carga probatoria de una manera general en todos los casos en los que se demande daños y perjuicios por una mala práctica médica porque si bien ya hemos revisado de manera general siempre el actuar del médico va a ser de medios, y por ende no se le puede responsabilizar de un resultado no exitoso, ya que el deber del médico de manera general siempre va a ser que debería utilizar todos los medios necesarios y apegados a la *lex artis* para poder llegar a curar al paciente, seguir un tratamiento, o simplemente recetar medicamentos, todos estos actos no se le puede responsabilizar al médico de un resultado no exitoso porque como ya sabemos en estas prácticas médicas nunca se podría asegurar un resultado, en consecuencia la carga de la prueba en una demanda por daños y perjuicios por mala práctica médica por lo general siempre va a ser de la parte actora el cual deberá probar que el medico actuó de manera negligente, pero hay casos excepcionales en que esta aplicación general afecta a la parte actora, por lo tanto nosotros planteamos soluciones que en la práctica se va a reflejar una equivalencia al momento de probar.

En los casos de daños desproporcionado a causa de una mala intervención médica, el actor se ve imposibilitado de probar que el médico actuó de una manera culposa y no apegado a la *lex artis*, por ende, debido a esta imposibilidad probatoria será muy difícil que juez fallé a favor de la víctima. Entonces utilizando la inversión de la carga probatoria en caso de daños desproporcionados va a ser el demandado que gracias a su profesión y experiencia deberá probar que el actuó sin culpa, y así no habrá una desigualdad dentro del proceso, por lo tanto, en la demanda de indemnización de daños y perjuicios el juez va a tener una clara visión de los

hechos y pruebas para poder llegar a una decisión justa sin afectar en la etapa probatoria a ninguna de las dos partes.

Es importante tener claro el hecho de que, evidentemente la parte actora puede iniciar acciones legales, para que se le brinde toda la información necesaria, la prioridad es que exista una celeridad en los procesos, porque al iniciar dichos procesos estaríamos retrasando el reclamo inicial, y causándole más perjuicios a la víctima; debido a que como explicamos en el párrafo anterior, en la mayoría de los casos, por no decir todos en donde exista una real negligencia médica, se busca que haya una igualdad en derechos, y el actor se enfrenta a una desventaja, al no poseer todo lo imprescindible para que el juez tome una correcta decisión. Es más, han existido casos, en donde la institución de salud, o el médico han cambiado, modificado o eliminado información fundamental para el proceso, siendo así una vez más, un daño a la parte afectada, ya que por ese tiempo que se dejó transcurrir, hasta que el juez decida otorgarle el acceso a dicha información, existe la muy alta probabilidad de alteraciones a tales documentos sustanciales.

Es por todo lo anteriormente expuesto, en que consideramos importante la aparición de la inversión de la carga de la prueba, ya que como se ha señalado en base a la definición de dicha inversión, el demandado tendrá la obligación de proveernos todas las pruebas necesarias y verdaderas para tomar una decisión final, o por lo menos que nos lleve a la realidad de los hechos que ocurrieron, y que el actor obviamente carece de conocimiento alguno.

CONCLUSIONES

- En nuestro país en materia de indemnización por daños causados por mala práctica médica en los casos de intervenciones quirúrgicas se causa un perjuicio a la parte actora, ya que al momento de probar, esta parte se ve imposibilitada de hacerlo, ya que no cuenta con los conocimientos que tiene el médico y las facilidades de poder acceder al historial médico, por lo tanto la víctima del daño está en una posición de desventaja en comparación de la parte demandada al momento de probar durante el proceso.
- Los casos de negligencia médica a lo largo de los años en nuestro país han ido en crecimiento, es por esa razón que, en el Código Orgánico Integral Penal, estableció una norma de manera general que castiga las malas prácticas profesionales, pero estos procesos tanto penales, como civiles muchas veces se ven perdidos por la parte actora, debido a la falta de prueba necesaria, ya que esta carece de toda la documentación.
- La inversión de la carga de la prueba es una figura jurídica que ayuda a equilibrar el proceso probatorio en el que la parte actora se encuentra en una posición de dificultad al momento de aportar con pruebas en el proceso, entonces gracias a la inversión de la carga de la prueba se traslada esa carga probatoria a la parte demandada que debido a su profesión y conocimientos tiene una facilidad de corroborar que él actuó con la debida práctica médica y apegado a la *lex artis*, de igual manera también acceso a pruebas que la víctima no podría obtener fácilmente como por ejemplo, el historial médico.

RECOMENDACIONES

- Como sugerencia principal, se debe reformar el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, en donde se le aumente la inversión de la carga de la prueba en los casos que analizamos a lo largo del desarrollo del tema, tales como, daños desproporcionados causados por una intervención quirúrgica, de tal manera el demandado tendrá la obligación de probar que actuó sin culpa y apegado a la *lex artis*. Además, se deberá aplicar la inversión de la carga probatoria en donde la parte actora esté imposibilitada de acceder al historial clínico, y que dicho historial sea una prueba fundamental para el juicio, de esta manera se preserva la veracidad de esta, para que no existan omisión o aumento de información que tengan como consecuencia terminar de perjudicar a la víctima.
- Promover y desarrollar doctrinariamente en nuestro país sobre la inversión de la carga de la prueba, ya que esta juega un papel fundamental dentro de los procesos, en materia médica como nosotros nos hemos basado, pero a medida que se estudie a profundidad se encontrará útil y factible para la resolución de procesos en diversas ramas.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones*. Jurídica de Chile.
- Albaladejo, M. (1991). Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales. *Revista de Derecho Privado* .
- Albi, J. (2013). *Revista Cesco de Derecho de Consumo*. Obtenido de file:///C:/Users/DELLPC/Downloads/Dialnet-LaCargaDeLaPruebaEnLosProcedimientosDeResponsabili-4524529%20(5).pdf
- Alessandri, A. (2014). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile .
- Alvarado, A. (2010). *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Bogotá: Universidad del Rosario .
- Asamblea. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- Avendaño, I. (22 de Febrero de 2016). *Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal*. Obtenido de http://lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc/#_edn9
- Botto, H. (2006). *La congruencia procesal* . Córdoba: Mel Editores.
- Cabanellas, G. (02 de 2018). *Enciclopedia Jurídica Online*. Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/prueba/>
- Cardoso, J. (1986). *Pruebas Judiciales* (Cuarta ed.). Bogotá: Librería del profesional.
- Cornejo, J. (08 de Agosto de 2016). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de https://www.derechoecuador.com/la-prueba-en-el-cogep#_ftn3
- Díaz, e. a. (2014). De la inversión de la carga de la prueba en el derecho aeronáutico. Desproporción de la carga de la prueba en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, equipaje y mercancías. *Universitas Estudiantes Bogotá*.
- Fernández, A. (2014). El concepto de la responsabilidad. En J. Domínguez, & J. Sánchez, *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa* (pág. 95). México: Facultad de Derecho - UNAM.
- FIDISP, C. (6 de Septiembre de 2017). *FIDISP*. Obtenido de <https://fidisp.org/mala-praxis-medica-una-vision-historica/>
- Guasp, J. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos .
- Jaramillo, J. (2001). Evolución de la medicina: pasado, presente y futuro. *Red de revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, 104.
- Kropotkin, P. (2018). Origen y Evolución de la Moral. Biblioteca Virtual Omegalfa.
- Künsemüller, C. (1986). Responsabilidad penal del acto médico. *Revista Chilena de Derecho*, 259.
- Larroucau, J. (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? *Revista de Derecho (Valdivia)*, 66.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil . (08 de Enero de 2000). Madrid, España.

Mazeaud, H., & Mazeaud, J. (1959). En *Lecciones de Derecho Civil* (págs. 56 - 69). Buenos Aires: Jurídicas Europa - America.

Méndez, H. (3 de Mayo de 2015). *La Estrella de Panamá*. Obtenido de <https://www.laestrella.com.pa/nacional/150503/mala-error-praxis-diferencia>

Mendoza, L. (2014). La acción civil del daño moral . Mexico : Universidad Nacional Autónoma de Mexico .

Montaudón, S. (28 de Marzo de 2016). *Revista de Sanidad Militar*. Obtenido de <https://www.medigraphic.com/pdfs/sanmil/sm-2016/sm162f.pdf>

Moreno, I. (3 de Marzo de 2015). *Centro de Formación en Barcelona*. Obtenido de https://www.uv.es/ramcv/2015/6_01_062_Isabel_Moreno.pdf

Penal, C. O. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial No. 180. Quito, Pichincha, Ecuador .

Picado, A. y. (16 de 01 de 2018). *Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico*. Obtenido de https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo_19_La_prueba_general.pdf

Procesos, C. O. (22 de Mayo de 2015). Registro Oficial No. 506. Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>

RAE. (3 de Noviembre de 2019). *RAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es/?w=da%C3%B1o>

Sanchez, A. (1981). *Etica*. España: Grijalbo.

Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana.

Tribunal Superior de Justicia, S. d. (13 de Julio de 2012). 1362/2012. Madrid, España.

Tribunal Supremo, S. d. (15 de Septiembre de 2003). 1759/1997. Madrid, España.

Urquijo, M. (1999). El Origen de la Moral. *Revista UIS - Humanidades*, 121.

Vialma, Y. (s.f.). *Universidad de Girona*. Obtenido de <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>

Nosotros, **Verdezoto Avila, Richard Bryan con C.C: #0931741813** y **Vera Muñoz Karen Antonella con C.C: #0932071970** autores del trabajo de titulación: **Responsabilidad civil: Inversión de la carga de la prueba en la mala práctica médica** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 10 de febrero del 2020

f. _____

Nombre: **Verdezoto Avila, Richard Bryan**

C.C0931741813

f. _____

Nombre: **Vera Muñoz, Karen Antonella**

C.C0932071970

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Responsabilidad civil: Inversión de la carga de la prueba en la mala práctica médica		
AUTOR(ES)	Karen Antonella, Vera Muñoz; Richard Bryan Verdezoto Avila		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	José Miguel García Auz		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los tribunales y juzgados de la República de Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	10 de febrero del 2020	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	Civil, Procesal Civil, Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Responsabilidad, prueba, carga de la prueba, mala práctica, médicos, daños, salud.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): En el Ecuador, el campo de la medicina ha ido creciendo considerablemente por muchos factores, ya sea por el aumento de enfermedades, cuestiones estéticas, o simplemente situaciones inesperadas que ocurren en la vida de las personas, como consecuencia de esto se ha ido estableciendo en el país muchos más centros médicos y por ende más profesionales de la salud. Existen ocasiones en las que producto de estas intervenciones, el resultado de las mismas no es exitosa, ya sea por razones naturales o por la mala práctica médica de los doctores; por tal motivo con regularidad se siguen procesos judiciales, en donde se deliberara si el galeno tiene o no algún tipo de responsabilidad, o si fueron simplemente causas externas al doctor o la clínica, por tal motivo en el trabajo a desarrollar se analizara la carga de la prueba y la inversión de la misma, ya que estrictamente en el ámbito sanitario, el instituto de salud o el médico son los que pueden brindar toda la documentación, herramientas e información necesaria para que el juez en base a su análisis de ese conjunto de pruebas, vea cual es el que comprueba la veracidad de los hechos que son materia de la discusión.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593 99 452 7550 +593 99 311 7019	E-mail: kareen_vera@outlook.es bryan.verdezoto@outlook.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Dra. Maritza Reynoso		
	Teléfono: +593 99 460 2774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			