



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO EN MATERIA DE
SALUD**

Autora:

Dayanna Carolina Merchán Quizhpi

Director:

Dr. Javier Cristóbal Cordero López

Cuenca-Ecuador

2022

DEDICATORIA

Durante mi crecimiento, siempre escuche a mi madre decir que su mayor sueño y anhelo era ser abogada, y lo difícil que fue para ella hacerlo realidad por la situación económica.

Mi madre me ha enseñado a lo largo de mi vida lo difícil que es la vida y los golpes duros que puede dar, es por eso que hizo una hija fuerte, auténtica, capaz, quien no se rinde bajo ninguna circunstancia. Ella ha sido un pilar fundamental para ser la persona que hoy soy, porque a pesar de haber sido padre y madre, nunca dejo que me faltará nada.

Es por ello madre que te dedico este logro, porque no es solo mi sueño hecho realidad, sino también el tuyo a través de mí, y gracias por ser mi mayor inspiración.

Carolina Merchán

AGRADECIMIENTO

Debo agradecer en primer lugar a mi hermana Gabriela por haber sido mi guía, porque a su modo me enseñó a enfrentarme a la vida en general, siempre me impulso a que mis sueños no se queden en sueños, sino que los haga realidad. Su apoyo a sido fundamental en mi vida universitaria y en la vida misma, con este logro quiero que puedas enorgullecerte un poco más de tu hermana menor.

Al iniciar la carrera de Derecho no sentía mucha pasión por la carrera, hasta que en su momento tuve clases con mi tutor Dr. Javier Cristóbal Cordero, a raíz de eso empecé a sentir al Derecho parte de mí, le agradezco doctor por ser un excelente docente y haber hecho que cada vez tenga más afinidad a la carrera de Derecho. Usted formó una parte importante en mi vida universitaria, lo cual siempre voy a agradecerle.

A mi amigo Mario Sánchez, gracias por siempre darme tu mano amiga y ayudarme en mis momentos más difíciles en la vida universitaria y personal, fuiste, eres y serás esa persona tan noble y humilde que prestará su ayuda sin recibir nada a cambio, te agradezco por la ayuda, apoyo y consejos que pudiste aportar en mi vida.

Por último, agradezco a la Universidad del Azuay, por su apoyo socioeconómico durante la carrera para que yo pudiera culminar con mis estudios y pudiera ser la profesional que un día me prometí ser.

Carolina Merchán

RESUMEN

El presente estudio busca determinar la situación de la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado mediante la revisión bibliográfica y documental del ordenamiento jurídico como respuesta del detrimento que soporta el administrado de manera injustificada, para plantear las vías más adecuadas para el acceso a la justicia. Se empleará una guía de revisión de la literatura de la doctrina nacional e internacional existente sobre la temática y el desarrollo normativo de la Legislación Nacional con la finalidad de determinar la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de salud pública. De esta manera se aportará a la literatura existente.

Palabras clave: Acción u omisión, Extracontractual, Responsabilidad, Salud, Servicios.

ABSTRACT

El This study sought to determine the situation of the figure of the extra contractual liability of the State through a bibliographic and documentary review of the legal system as a response to the detriment that the administered party unjustifiably endures, in order to propose the most appropriate ways for access to justice. A literature review guide of the existing national doctrine on the subject and the normative development of the National Legislation was used in order to determine the extra contractual liability of the state in matters of public health. This will contribute to the existing literature.

Keys word: Action or omission, Extra-contractual, Liability, Health, Service.

Translated by:



A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'D' followed by 'C Merchán' and a long horizontal line extending to the right.

Dayanna Carolina Merchán.

INDICE

Índice de contenido

DEDICATORIA.....	<i>I</i>
AGRADECIMIENTO.....	<i>II</i>
RESUMEN.....	<i>III</i>
ABSTRACT.....	<i>IV</i>
Introducción	<i>1</i>
CAPÍTULO I: DERECHO A LA SALUD	<i>2</i>
1.1 Conceptualización.....	<i>2</i>
1.1.1 El derecho a la salud como derecho fundamental	<i>3</i>
1.1.2 La salud como servicio público.....	<i>5</i>
1.2 Principios.....	<i>6</i>
1.2.1 Equidad.....	<i>6</i>
1.2.2 Integralidad.....	<i>8</i>
1.2.3 Solidaridad.....	<i>8</i>
1.2.4 Universalidad.....	<i>9</i>
1.2.5 Indivisibilidad.....	<i>10</i>
1.2.6 Participación.....	<i>11</i>
1.2.7 Pluralidad.....	<i>12</i>
1.2.8 Eficiencia.....	<i>13</i>
1.3 Elementos.....	<i>14</i>
1.3.1 Disponibilidad	<i>14</i>
1.3.2 Accesibilidad	<i>14</i>
1.3.3 Aceptabilidad.....	<i>16</i>
1.3.4 Calidad.....	<i>16</i>
1.4 Lex artis, naturaleza jurídica	<i>17</i>
1.4.1 Noción	<i>17</i>
1.4.2 Elementos	<i>19</i>
1.5 El acto médico.....	<i>20</i>
1.5.1 Concepto.....	<i>20</i>
1.5.2 Principios.....	<i>20</i>
1.5.3 Requisitos	<i>21</i>

1.6 Consentimiento informado.....	21
1.6.1 Formas y efectos.....	23
1.7 Juramento hipocrático	25
1.7.1 Importancia del juramento hipocrático.....	26
1.7.2 Alcances del juramento hipocrático	26
1.8 Responsabilidad médica.....	27
1.8.1 Tipos de responsabilidad médica.....	27
1.8.2 Diferencia entre responsabilidad y mala práctica médica	30

CAPÍTULO II: NOCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

2.1 Evolución histórica.....	32
2.1.1 Irresponsabilidad absoluta del estado.....	32
2.1.2 Admisibilidad de responsabilidad de los funcionarios	32
2.1.3 Responsabilidad parcial del Estado (indirecta)	33
2.1.4 Responsabilidad objetiva del Estado (directa)	34
2.2 Teorías de la responsabilidad	34
2.2.1 Teoría del sacrificio especial.....	34
2.2.2 Teoría de la igualdad de las cargas públicas	35
2.2.3 Teoría de la igualdad ante la ley.....	36
2.2.4 Teoría del daño especial y riesgo excepcional	36
2.2.5 Validez de estas teorías respecto al reclamo por responsabilidad por mala práctica médica	38

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

3.1 Responsabilidad extracontractual del estado.....	39
3.2 Características	41
3.3 Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.....	42
3.4 Requisitos de la responsabilidad extracontractual del estado, conforme al Código Orgánico Administrativo (COA).....	43
3.5 Elementos de la responsabilidad extracontractual del estado en la prestación de los servicios de salud	45
3.5.1 La imputabilidad.....	45

3.5.2 El daño.....	46
3.5.3 Antijuridicidad del daño	48
3.5.4 El nexo causal.....	49
3.6 Responsabilidad por falta o falla del servicio de salud	50
3.6.1 Características de la falta de servicio	52
3.7 Responsabilidad por acción.....	54
3.8 Responsabilidad por omisión	55
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	60
REFERENCIAS.....	62

Introducción

Históricamente, la responsabilidad del Estado ecuatoriano, por los actos u omisión de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones al prestar servicios públicos, se incluye por primera vez en la Constitución de 1967. Es así que, en el Artículo 27 se disponía que “El Estado y más entidades de derecho público [...], están obligados a indemnizar a los particulares [...], como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo” (Constitución Política de la República de Ecuador, 1967). Así, se buscaba que el Estado sea el primer responsable al prestar los servicios públicos de manera directa o indirectamente y satisfactoriamente para el ciudadano.

Ahora bien, esa normativa sería la base para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, la que se volvió a incluir en la Constitución de 1979 publicada en el Registro Oficial No. 800 el 27 de marzo. De esa forma, fue incluida en la Ley fundamental de 1998 publicada en el Registro Oficial No. 001 del 11 de agosto de 1998. Finalmente, se incluye en la Constitución de 2008 en el Artículo 11, Numeral 9 decretada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

De acuerdo con Mayer (1954), los perjuicios son inherentes a toda actividad del Estado para los individuos que pertenecen a este, no obstante, el mismo autor, reconoce que, cuando esos perjuicios se dan de forma desigual y desproporcionada se convierten en daño material, dando lugar, al llamado “sacrificio especial” que genera indemnización. Sin embargo, esta teoría tiene un vacío en torno a como determinar cuándo un perjuicio es desproporcionado y desigual. De ahí que, el presente trabajo investigativo se centra en determinar la responsabilidad del Estado ecuatoriano por acción u omisión, en la que incurre de manera injustificada el prestar el servicio de salud.

Cabe señalar que, el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado ya ha sido tratado en Cuenca como lo indica Moreno (2016), quien logró determinar en su estudio que en el Ecuador no se cuenta con un marco jurídico que establezca preceptos y normas claras que permitan determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, aun cuando, en la Constitución esté decretada. Conclusión a la que llegó mediante una revisión sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en el área administrativa, jurisdiccional y legislativa.

CAPÍTULO I

1. DERECHO A LA SALUD

1.1 Conceptualización

Uno de los fines fundamentales del Estado ecuatoriano es el garantizar a todos sus individuos la vida, mismo que se encuentra en el artículo 66 numeral 2 de la Constitución, donde: “se reconoce y garantizará a las personas: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 66). Para el efectivo goce de dicho derecho fundamental va a depender del aseguramiento y protección de otros derechos como es el de la salud.

El derecho a la salud, es un derecho social que pertenece a la segunda generación en cuanto al reconocimiento legal de los derechos humanos, con el cual se trata de fomentar la igualdad entre las personas ofreciendo así las mismas oportunidades para desarrollar una vida digna.

El derecho a la salud no fue reconocido sino hasta el 1966 con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el cual se considera de manera clara que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para conseguir el efectivo goce y disfrute de los demás derechos que tiene el individuo, además la misma convención señala que el derecho a la salud contempla diferentes factores como son los socioeconómicos, es decir que están vinculados con otros derechos como por ejemplo la alimentación, la no discriminación, la igualdad, entre otros (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2000).

Uno de los instrumentos más importantes para comprender la concepción de la Salud Pública es “La Carta de Ottawa”, en cuyo preámbulo ha detallado que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades y la define puntualmente como:

El estado integrador del bienestar humano individual, social y económica, y la promoción de la salud como la vía para la reducción de las desigualdades y el desarrollo de máximo potencial de salud, siendo necesarias condiciones previas favorables como educación, vivienda, alimentación, ingresos, ecosistemas estables, etc. (Organización Mundial de la Salud, 1986)

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), como referente universal y base para que se desarrollen otros instrumentos internacionales en su artículo 25 menciona que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. (Naciones Unidas, 1948)

De tal manera que para entrar en materia de estudio se debe entender que tipo de derecho es el derecho a la salud, por lo tanto se va a desarrollar el concepto de salud como derecho fundamental, y a la salud como un servicio público.

1.1.1 El derecho a la salud como derecho fundamental

La salud es un derecho de naturaleza prestacional, por ende advierte un desarrollo tanto político, legislativo, económico y técnico. Se considera a este derecho como fundamental puesto que recoge ciertas características esenciales, que son: la conexión con otros derechos fundamentales (a.a), sujetos de protección especial (a.b).

a.a. La conexión con otros derechos fundamentales: Se consideran como fundamentales porque estos en un primer momento deben garantizar los intereses más importantes del individuo, se trata de aquellos derechos necesarios para que una persona logre el desarrollo de una vida digna, es así que el derecho a la salud tiene relación con éstos en cuanto se desprende del carácter universal ya que protege al individuo alejado de las condiciones externas tales como ideología, cultura, sexo, edad, lugar de nacimiento, etc.

Ferrajoli (2002) menciona que, deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz:

El derecho a la vida, y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia. Agregamos que el derecho a la salud sin duda hace parte de la categorización, por ende, debe ser garantizado como un derecho fundamental. (Ferrajoli, 2002, p. 4.)

Por lo tanto, se determina que la salud es parte de los derechos fundamentales debido a que es considerado una herramienta para lograr la protección de los intereses vitales de las personas, de este modo la salud cumple con dos requisitos esenciales. Materializa la dignidad humana a través de la creación de diferentes planes de desarrollo para así alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* como se plasma en el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Además, la salud tiene una relación directa con los principios constitucionales debido a que el Ecuador es un Estado social de derechos, contiene las pautas necesarias para que los individuos logren tener una vida digna, mismas que se las puede encontrar plasmadas en la Constitución de Monte Cristi. También es preciso que se tomen en cuenta aquellas acciones negativas, es decir aquellas que pueden ser perjudiciales para los particulares, por lo que el Estado prohíbe el ejercicio de éstas y en caso de incurrir en ellas, se da al individuo los mecanismos necesarios de defensa.

Como se ha mencionado hasta este punto, la salud goza de características generales de los derechos fundamentales como la universalidad, obligatoriedad, irrenunciabilidad, inviolabilidad, por tanto, al contar con este conjunto de particularidades y por su condición natural de ser un derecho humano que se encuentra positivizado no solo en la normativa nacional sino también en la normativa internacional, no cabe duda alguna que es un derecho fundamental.

a.b. Sujetos de protección especial: La actual Constitución identifica quienes son sujetos de especial protección con el nombre de “Grupos de Atención Prioritaria”, esto quiere decir que la protección hacia estos sujetos se desarrolla con más énfasis debido a que por su condición son más vulnerables frente al resto de personas.

La ubicación de estos derechos está dentro del capítulo tercero “Grupos de atención prioritaria” en la constitución de Monte Cristi. Por otro lado, en la Constitución de 98 se encontraban en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales. La carta magna indica quienes son los sujetos que forman parte del grupo de atención prioritario en su artículo 35, y estos son:

- Las personas adultas mayores.
- Niñas, niños y adolescentes.
- Mujeres embarazadas.

- Personas con discapacidad.
- Personas privadas de libertad.
- Personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad.

Como ya se mencionó anteriormente, estas personas por su condición gozan de una vulnerabilidad frente al resto de los individuos dentro de una sociedad, razón suficiente para que el Estado tome en consideración sus condiciones y así establezca los mecanismos necesarios para así garantizar una protección especial.

1.1.2 La salud como servicio público

La noción de servicio público nace de la evolución de las necesidades que tiene el individuo en la sociedad que son de carácter general. Mumford (2002) menciona que, la ciudad es ante todo un centro de cooperación y encuentro de los individuos, es la base para la satisfacción de necesidades elementales. Es en la ciudad donde el ser humano en primer lugar ha procurado la atención de sus necesidades vitales, de aquí la vinculación primordial de los servicios públicos.

Es así que se puede entender la palabra servicio como aquella acción y efecto de servir; y se define al servicio público como “aquella actividad llevada a cabo por la administración bajo un control y regulación, y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad” (Real Academia Española, 2001). Por lo tanto, se entiende que el servicio público no es más que un conjunto de aquellas prestaciones que satisfacen todas esas necesidades públicas o de interés social.

El concepto que tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano con respecto a la salud, consta en la Ley Orgánica de Salud en su artículo 3 donde se menciona que: “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Ley Orgánica de la Salud, 2022, Art. 3.).

De lo mencionado se entiende que la salud no únicamente comprende la ausencia de afecciones sino también un bienestar pleno, es decir da una amplia garantía de derechos que están inmersos en el ejercicio de un mismo derecho.

Hauriou (2002) menciona que “es un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública” (p. 38.).

En el artículo 362 de la Constitución se afirma que la salud es un servicio público, que será prestado por las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias, etc. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 362.).

En definitiva los derechos y las obligaciones que configuran el derecho a la salud se entienden bajo el razonamiento de la salud como un servicio público, es por ello que el Estado será el primer responsable de que se una adecuada prestación de este servicio, por lo que tiene la obligación no únicamente de respetar, sino también de proteger y cumplir este derecho y así velar adecuadamente por los intereses del individuo.

1.2 Principios

Se realizará una breve referencia de cada uno de estos principios que están recogidos en la Constitución del Ecuador que en su artículo 32 párrafo segundo, en concordancia Ley Orgánica de la Salud que en su primer artículo aborda los principios en los que se fundamenta este derecho de salud.

1.2.1 Equidad

La Organización Panamericana de la Salud (2021) habla de la equidad como un componente fundamental de la justicia social que indica la ausencia de diferencias evitables, así mismo define a la equidad como una misión de liderar esfuerzos colaborativos estratégicos entre los estados miembros y otros aliados, además la menciona como un principio de la lucha por la imparcialidad y justicia.

Para dar una concepción de equidad se debe tomar en cuenta que esto va a depender de una valoración de lo que se cree que es justo, ello en base a la postura ético-político de cada individuo. Equidad no es lo mismo que igualdad, la equidad debe evaluar aquellas desigualdades entre individuos desde la idea de justicia.

Según Pérez (2007) equidad se deriva de la palabra latín “*aequitas*” que significa “igual”, y no es más que dar a cada quien lo que le corresponde. Por otra parte, Aristóteles menciona que la equidad y justicia son la misma cosa:

Cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregir y suplir su silencio, y

hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. (Aristóteles, 1922).

Dicho de otra forma, la ley es de carácter general; sin embargo, en algunos casos no puede o es difícil aplicar para el caso en concreto, por lo tanto, aquí actúa la equidad en el marco de la justicia que está dada por la ley. Mientras que la equidad en salud la define Whitehead (1992), como “la ausencia de desigualdades innecesarias, injustas y evitables” (p. 433).

En cuanto a la definición expuesta, se entiende que los individuos deben acceder a la salud en igualdad de condiciones, es decir que todos tienen la misma oportunidad y que ningún individuo debe tener ventajas frente a otro.

Para la Organización Panamericana de la Salud (2021) la equidad significa que las necesidades de la gente, más allá de sus privilegios sociales, deben guiar la distribución de oportunidades para su bienestar, lo cual requiere reducir las desigualdades injustas según los estándares sociales, con principios de justicia e imparcialidad.

Una vez revisados los diferentes conceptos de equidad en la salud, se llega a la conclusión que: esta no implica que todos los individuos, tanto hombres como mujeres, tienen las mismas oportunidades para el acceso del servicio público de salud, pese a ser un derecho garantizado por el Estado. La equidad no es más que aquella justicia social, que se va logrando una vez que se facilita el acceso a la salud a los individuos, es decir cada que se va desarrollando y promocionando más políticas de salud para tener una vida más saludable.

La equidad como principio es de suma importancia para poder lograr la idea de justicia social, en consecuencia, no se enfoca únicamente en la desigualdad en cuanto a la salud o la atención como tal, se pondrá en consideración otros puntos relevantes de análisis que son por ejemplo la distribución y asignación de los recursos existentes.

En definitiva, cuando se habla de una distribución equitativa en el ámbito de la salud, no se podrían pasar por alto las oportunidades con las que cuenta el individuo para poder alcanzar una vida sana; dicho de otro modo, cuando se habla de una distribución en la salud esta intrínseco el concepto más amplio de justicia.

1.2.2 Integralidad

Es definida como la obligación que tienen las instituciones de salud de otorgar los servicios, procedimientos, medicamentos y seguimientos necesarios para mejorar el estado de salud de los usuarios del sistema, respetando los límites que regulan las prestaciones de salud (Palacio, 2015). Mientras que el Estado colombiano resuelve, en base a este principio, y define que:

La integralidad desprende que la atención a la salud debe ser integral y comprender el cuidado, el suministro de medicamentos, la intervención quirúrgica, las prácticas de rehabilitación, la realización de exámenes de diagnóstico y seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se tiene como referente a Colombia, y según la definición citada por dicho estado, se podría decir que el principio de integralidad no es más que el individuo, es decir el paciente, quien debe recibir de manera adecuada, oportuna y eficiente todos los servicios de salud brindados por las instituciones del estado en sus diferentes etapas.

1.2.3 Solidaridad

La Ley de Seguridad Social (2011) en el artículo 1 inciso 5 expresa acerca de la solidaridad como una “ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio”. Por su parte Dawson y Jennings (2013) la comprenden como un compromiso de la colectividad que condona aquellos que en ocasiones no cubren la salud pública.

Por tanto, la solidaridad no es más que ayudar al prójimo, pero se debe tener en cuenta que esta ayuda es motivacional y sentimental, más no una obligación directa como tal. Aunque la solidaridad como tal tiene un concepto complejo se le debe dar un alto valor social para así no olvidar que la salud es un tema comunitario que va en beneficio de los individuos.

Cuestas (2020) habla de la solidaridad en el ámbito de salud como un valor social por excelencia y recuerda que la salud pública es un asunto comunitario antes que individual.

En definitiva, es un principio que procura alcanzar el desarrollo del individuo así como el bien común. Dicho principio depende de su correcta aplicación para que se logre una sociedad equitativa, es decir para alcanzar el pleno goce y ejercicio de los derechos con los que cuentan los ciudadanos.

Tampoco se debe olvidar que la solidaridad es un deber moral, es decir “una obligación moral del hombre para con el hombre” (Cañón, 2017). Por lo tanto, va consistir en una relación directa entre el esfuerzo mismo y frente al beneficio que será de interés del conglomerado social.

Muñoz (2007) menciona que la “solidaridad, imprime sentido a la igualdad de oportunidades. En gran medida es gracias a la solidaridad como detectamos las necesidades que debe abordar el esfuerzo de la sociedad política organizada con la igualdad de oportunidades” (p. 242).

Por lo que se podría decir que el ser humano por naturaleza es social y solidario, en definitiva su vida se desarrolla en sociedad y únicamente el buen vivir no se va a dar solo con la intervención del estado sino también se va a necesitar de forma fundamental la intervención misma del individuo.

1.2.4 Universalidad

El principio de universalidad no es más que: “Amparar a todos los seres humanos sin excepción, como integrantes de la comunidad, quienes tienen derecho a la protección desde su nacimiento hasta su muerte” (Rodríguez, 2019, p. 39).

El autor permite entender que los individuos que forman parte de la sociedad son considerados como un todo y deberán ser protegidos a lo largo de toda su vida hasta el momento de la muerte, es decir en ese momento finaliza la protección al individuo.

El derecho a la salud, en específico la atención médica, es de carácter universal, esto quiere decir que todo ser humano sin distinción alguna tiene acceso al goce y ejercicio de este servicio público. Por lo que la ley de seguridad social en el artículo 1 inciso 5 manifiesta que “la universalidad es la garantía de iguales oportunidades a toda la

población asegurable para acceder a la prestación del seguro general obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos” (Ley de Seguridad Social, 2011).

Las Naciones Unidas (2018), definen a la universalidad como: “Todos los seres humanos tienen los mismos derechos humanos simplemente por su condición de ser humanos, independientemente de donde vivan y quienes sean, así como de su situación o características particulares”.

De lo mencionado, es evidente la conexión tanto con el principio de igualdad como al de no discriminación, por lo la universalidad no trabaja aislada sino que, está en relación con otros fundamentos para así poder garantizar la protección del ciudadano sin importar su condición.

Por ende al hablar de la universalidad, éste, más que un principio, es una herramienta para lograr esa igualdad social, consecuentemente genera una ruptura a ese concepto de las clases sociales.

1.2.5 Indivisibilidad

El principio de indivisibilidad se lo puede tratar a la par con el de integralidad debido a que hay una delgada línea que los diferencia, tanto es así, que incluso las Naciones Unidas no tiene una definición concretamente establecida entre ellos, sin embargo, varios autores pueden marcar una diferencia.

Al hacer referencia al principio de indivisibilidad no es más que la unión de todos los derechos, es decir forman un todo, por lo que la violación de un derecho implica la violación de otros derechos ya sea de una manera directa o indirecta, como el ejemplo que señala Courtis y Abramovich:

El derecho a la integridad personal implica tanto la prohibición de detener arbitrariamente como el diseño de normativa e instituciones que sancionen esa conducta. Igualmente, el derecho a la salud conlleva la obligación de no dañar la salud y de establecer hospitales. (Courtis y Abramovich, 2004)

El principio de indivisibilidad se refiere a que los derechos, en específico los derechos humanos no pueden de ninguna manera ser fragmentados debido a que todos ellos son inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Así, no se puede reconocer,

proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un grupo de derechos; de esta forma se consigue que la protección se haga de manera total y se evite el riesgo de que en la interpretación se transija en su protección (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012).

Tanto el principio de indivisibilidad como el de interdependencia, dan una obligación de otorgar la misma importancia a todos los derechos humanos independientemente de que sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

El derecho a la salud no debe fraccionarse ni mucho menos existir en una jerarquía, por tanto, la Declaración y Programa de acción de Viena manifiesta que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes por lo que están relacionados entre sí” (Naciones Unidas, 1993).

De lo expuesto, se llega a la conclusión que todos los derechos humanos no únicamente el de la salud, que es tema de este estudio, deben ser tratados como un todo, es decir como una unidad, de una manera justa y con igualdad.

1.2.6 Participación

La participación se la puede ver desde dos aristas, en un primer momento se tiene el plano comunitario y no es más que aquellas relaciones entre los individuos dentro de una comunidad; el segundo plano es el social que es la relación entre particulares.

La Constitución se enfoca en fortalecer la participación ciudadana en el área de la salud, eje que se lo puede encontrar en el Plan Nacional para el Buen Vivir, en donde como parte de su objetivo se tiene:

Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular, que plantea la articulación directa de la participación con la planificación en los diferentes niveles sectoriales y locales e incluyendo a todas las instancias de gobierno, colectivos, comunidades, organizaciones e individuos. (Consejo Nacional de Planificación, 2017)

La participación en el derecho a la salud se define como la toma de decisiones sobre la salud, política, planificación y el tratamiento (Piškur et al., 2013). La participación a lo largo del tiempo ha ido evolucionando, en 1970 se presenta como la promoción de la salud, posteriormente en 1978 se torna como un eje fundamental para la atención primaria

en la salud, en el 2004 en el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos económicos, Sociales y Culturales, su papel fundamental fue tratar de alcanzar una igualdad de oportunidades.

Para la organización Mundial de la Salud (2006) la participación significa que los ciudadanos tienen la posibilidad de expresar a los órganos de decisión sus puntos de vista y preferencia respecto a las políticas de salud, convirtiéndose en parte activa dentro del proceso de toma de decisiones.

En América Latina la importancia de la participación en salud ha sido ampliamente conocida, en Colombia esta se promovió como una estrategia para el control social del sistema de atención a la salud (Delgado y Vázquez, 2006).

1.2.7 Pluralidad

La palabra pluralidad deriva del latín *pluralita*, y entre los sinónimos que se pueden emplear con respecto a este término están variedad, diversidad, colectividad o multitud. Lo contrario a pluralidad es singularidad (Mateos et al., 2016).

Un concepto de pluralismo médico sería la idea común en la antropología médica, de que diferentes modos de curación están simultáneamente disponibles para las personas en las mismas circunstancias socioculturales (Barnard y Spencer, 2002).

Charles Leslie manifiesta que: “El término Pluralismo médico se entiende como la coexistencia de diferentes sistemas médicos dentro de una sociedad los cuales mantienen una relación cooperativa o conflictiva” (Kazianka, 2012). Por su parte Vanina Papalini y Josefina Avelín en su obra señalan:

La OMS reconoce la medicina tradicional como aquella complementaria (alternativa), y define a la tradicional como el conjunto de conocimientos, aptitudes prácticas basadas en teorías, creencias y experiencias indígenas de las diferentes culturas, sean o no explicables, usados para el mantenimiento de la salud; mientras que, la medicina complementaria son aquellas prácticas de salud que son propias de la cultura nativa. (Papalini y Avelín, 2022)

En definitiva, el pluralismo en el ámbito médico no es más que una existencia igual de métodos curativos, de forma que permite al individuo diferentes modos para acudir al

sistema de salud. Por lo tanto, la pluralidad como un principio que ayuda a conseguir la satisfacción de los individuos se da a través de hacer realidad el hecho de que una persona pueda ser capaz de seleccionar al médico o procedimientos que desee seguir, tomando en cuenta factores como domicilio, gratuidad, accesibilidad sin dejar a lado, la organización adecuada para poder alcanzar una atención de la más alta calidad y conseguir un gran rango de satisfacción por parte de aquellos individuos que buscan este servicio de salud.

1.2.8 Eficiencia

La palabra eficiencia, viene del latín *efficientia* y no es más que esa acción, fuera o virtud de producir (Ministere de la Culture, 2017). Por su parte, la Ley de Seguridad Social (2011) en el artículo 1 manifiesta que “la eficiencia es la mejor utilización económica de las contribuciones y demás recursos del Seguro General Obligatorio del Estado para garantizar la entrega oportuna de prestaciones suficientes a sus beneficiarios”.

En base a lo expuesto, es posible indicar que el principio de eficiencia hace referencia a que los servicios, en específico el de salud, están para satisfacer todas las necesidades que puedan tener los individuos, por lo que al acceder a un servicio debe ser de una forma rápida y adecuada.

Es así que la eficiencia es el grado en que el sistema de salud efectúa la máxima contribución a las metas sociales definidas dados los recursos disponibles. Si se obtienen mejores resultados con menor gasto de recursos o menores esfuerzos, se habrá incrementado la eficiencia (Jiménez, 2004).

La eficiencia por tanto va a tener una gran variación de acuerdo con la atención que se llegue a brindar al individuo, también es importante analizar la gravedad (en relación a la condición de salud) con la que el individuo accede a este servicio de salud.

Se debe tomar en cuenta que la eficiencia por sí sola no se podrá hacer valer como principio sino que tiene una estrecha relación con la calidad, concepto que será detallado con mayor precisión al momento de tratar los elementos de mencionado derecho. Por ende si es que se actúa con una alta calidad, sin lugar a duda, la eficiencia de este servicio va a resaltar. Además, es importante tomar en cuenta que lo que amenaza en gran medida a este servicio público de salud es precisamente la baja calidad, es decir que no se cuenta con recursos suficientes, por lo tanto esto ha impedido que sea eficaz.

1.3 Elementos

Para poder hablar de la salud como un derecho fundamental se debe tener claro cuáles son los elementos que lo configuran, los cuales están en vinculación directa con los principios que han sido revisados anteriormente. Los elementos esenciales son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad.

1.3.1 Disponibilidad

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habla de la disponibilidad y menciona que: cada Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2000).

De lo mencionado se destaca que los estados deben contar en sus establecimientos de salud tanto con bienes y servicios, así como también con personal capacitado para así garantizar el cumplimiento de este servicio público.

1.3.2 Accesibilidad

De igual manera el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definen a la accesibilidad como:

Los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar a los individuos que sus establecimientos, bienes, servicios y personal capacitado sean accesibles para todos con igualdad de condiciones. (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2000)

El artículo 32 de la Constitución del Ecuador menciona que el estado garantizará el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De conformidad al mencionado artículo se tiene que el Estado es el principal ente rector que garantiza el derecho a la salud de todas las personas sin discriminación alguna. La accesibilidad no es más que acceder al servicio de salud cuando el individuo lo crea conveniente o necesario para el cuidado de su salud.

Donabedian (1993) se refiere a este elemento diciendo que: “la accesibilidad es un elemento de los recursos de atención, siendo esta un factor mediador entre la capacidad de producir un servicio y el consumo que da a dichos servicios”.

Además, es importante mencionar que se cuenta con diferentes conceptos de accesibilidad de acuerdo con el contexto, así se tiene:

- **Accesibilidad geográfica:** Mercenier (1993) indica que en este tipo de accesibilidad, los servicios de salud deben situarse geográficamente lo más cercano a la población, favoreciendo una atención primaria global, continua e integrada. De lo expuesto, para garantizar un efectivo goce de este derecho de salud, el acceso a los diferentes escenarios donde brinden este servicio debe ser lo más cercano al individuo, para que así estos puedan ser favorecidos y se puedan hablar de hacer pleno ejercicio de dicho derecho.
- **Accesibilidad financiera:** Esta accesibilidad hace referencia a la capacidad con la que cuenta el individuo para poder cubrir con los costos que implican el servicio, por lo que si un individuo no cuenta con la condición económica suficiente no se podría considerar accesible. Se considera que hay accesibilidad económica cuando los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud están basados en principios de equidad y son proporcionales a los ingresos financieros de los hogares (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2000).
- **Accesibilidad sociocultural:** Hace referencia a aquella percepción de los fenómenos que van a determinar la búsqueda del acceso al servicio como por ejemplo: enfermedad, tolerancia al dolor y credibilidad en los servicios de salud. Para autores como Long (2001) la accesibilidad sociocultural puede ser entendida como un punto crítico de intersección entre diferentes mundos, campos sociales o niveles de

organización social en donde es más probable localizar discontinuidades sociales basadas en discrepancias en valores, intereses y poder.

- **Accesibilidad organizacional:** No es más que aquellos obstáculos burocráticos que tiene estrecha relación con el acceso al servicio, como por ejemplo el horario de atención, generación de turnos, entre otros. No es más que el modo como está organizada la atención al individuo para acceder a este servicio.

1.3.3 Aceptabilidad

Dentro de los términos de aceptabilidad se considera que los establecimientos de salud deberán respirar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Incluir perspectivas de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.

Además, es tomar en cuenta las condiciones tanto éticas como culturales de una sociedad, tomando en cuenta la idea de integridad de las personas. Por lo tanto, este elemento hace referencia a que el individuo pueda elegir en base a su criterio las posibilidades que tiene para así poder usar este servicio según su beneficio.

1.3.4 Calidad

La Organización Mundial de la Salud (2022) define a la calidad como “el grado en que los servicios de salud para las personas y los grupos de población incrementan la probabilidad de alcanzar resultados sanitarios deseados y se ajustan a los conocimientos profesionales basados en datos probatorios”.

Cuando se habla de calidad se hace referencia a que se debe contar con una adecuada infraestructura para así poder satisfacer las necesidades básicas y urgentes, esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recursos humanos calificados para responder ante urgencias médicas.

La dirección nacional de calidad de los servicios de salud menciona en su punto c: “planificar e impulsar las acciones y procesos de mejoramiento continuo de la calidad en los servicios de salud del Ministerio de Salud Pública” (Ministerio de Salud Pública, 2014).

La calidad debe entenderse conforme a los fines del Estado ecuatoriano, para que así este en plena concordancia con los valores de la dignidad humana. Que el Estado ofrezca su servicios de calidad no es más que poner a disposición de los individuos los mejores estándares de instrumentaría, infraestructura, personas y establecimientos para que así se pueda satisfacer las necesidades de la sociedad según les convenga.

La calidad en la salud, es cumplir con las expectativas del usuario, es el hecho de proporcionar satisfactores adecuados a sus necesidades como una filosofía básica de administración, una nueva forma de trabajar donde prevalece el respeto, confianza y trabajo en equipo (Carrillo et al., 2016).

Vuori en 1998 y Donabedian en 1990 recogen una serie de elementos que son indicadores para evaluar el grado de calidad al momento de ofertar un servicio. Dichos indicadores son:

- Efectividad: conseguir mejoras en la salud.
- Eficacia: es la medida en que son alcanzados los resultados anhelados.
- Eficiencia: capacidad de bajar los costos sin disminuir mejoras.
- Equidad: distribución de recursos según las necesidades requeridas.
- Aceptabilidad: aprobación con las expectativas paciente/familiar.
- Adecuación de servicios: relaciona recursos con las necesidades de la población.
- Calidad técnica/científico: combinación de conocimientos.

En conclusión, en el ordenamiento ecuatoriano se pretende garantizar los servicios de salud que son brindados por las diferentes instituciones, con el objetivo de ir mejorando progresivamente la calidad de vida a través de los distintos mecanismos existentes.

1.4 Lex artis, naturaleza jurídica

1.4.1 Noción

El término *lex artis* proviene del latín que significa “ley del arte”, o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate. Ha sido empleada para referir a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por una profesión es o no correcta y se ajusta o no a la que debe hacerse (Hernández, 1999).

Heras (2004) define a la *lex artis* como la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido. Montaña (1986) entiende a la *lex artis* como:

Determinadas las profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que, en consonancia con el estado del saber de esa misma ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales.

De acuerdo con las definiciones de *lex artis* los profesionales de la salud han de decidir cuáles de estas reglas y procedimientos; y cuales, de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente, cuya salud les ha sido encomendada. (Gomez, 1986).

Por otra parte, la concepción de *lex artis* es “la adecuada atención de los profesionales, generalmente asociados al ámbito médico y jurídico” (Fariñas, 2021). El tribunal supremo de lo civil de España menciona a la *lex artis* y dice que:

La *lex artis* supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una forma de actuación. Implica por tanto la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieren practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. (Responsabilidad Civil Médica, 2010)

Martínez Calcerrada ha definido la *lex artis* como “el criterio valorativo de la concreción del correcto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médica que tiene en cuenta las especiales características de su autor, profesión, complejidad y trascendencia vital del acto” (Martínez, 1998).

Así, luego de plantear los diferentes pensamientos de distintos autores se llega a la conclusión que, los profesionales de salud deben dominar o tener los conocimientos suficientes, necesarios y exigibles de acuerdo a su profesión para poder ejercer sus funciones y poder actuar dentro del marco de la *Lex Artis*. Si se da el supuesto caso de que el profesional de la salud no cumple con un conocimiento que le permitiera

desarrollarse, sin lugar a duda estaría generando un riesgo, ocasionando así un detrimento al individuo (paciente).

Por otra parte, la Lex Artis también supone que el profesional de la salud debe estar en constante actualización de conocimientos para que le permitan al paciente beneficiarse de la mejor manera de este servicio, como bien lo dice Valencia (2001): “Lex Artis es un deber de renovar y actualizar sus conocimientos, utilizar todos los medios diagnosticados a su alcance que crean adecuados”.

1.4.2 Elementos

La Lex Artis tiene ciertos elementos que lo caracterizan:

- **Un profesional idóneo:** La enciclopedia jurídica define a la idoneidad como: “calidad que tiene buena disposición, capacidad, suficientes condiciones para una cosa o para un cargo”. Por lo tanto, la persona idónea se caracteriza por contar a su favor con una experiencia suficiente y constante en una práctica determinada. Es decir, se entiende a la idoneidad cuando un profesional reúne todas aquellas cualidades y condiciones para poder brindar un servicio.
- **Un estudio y análisis previo del paciente:** La Ley de Derechos y Amparo del Paciente (2006) indica en su artículo 2: “todo paciente tiene derecho a ser atendido oportunamente en el centro de salud de acuerdo a la dignidad que merece todo ser humano y tratado con respeto y cortesía”.

La falla en el diagnóstico desemboca en la negligencia común, es decir, el fracaso del médico al prescribir una condición física o psicológica. Cuando una enfermedad es diagnosticada de manera incorrecta, los pacientes pueden sufrir daños irreversibles y mortales (León, 2018).

El Diagnóstico que da el profesional a raíz de su evaluación es de suma importancia, porque de ello va depender si se está frente a una responsabilidad o no por parte del profesional, es decir si es que el paciente tiene un diagnóstico erróneo; por lo tanto, el tratamiento o procedimiento que se siga va a ser el equivocado y como consecuencia de ello generaría un detrimento al paciente.

- **Empleo de técnicas o medios convenientes con aceptación universal:** Este elemento hace referencia a que el profesional de la salud únicamente deberá hacer uso

de las técnicas que son aceptadas por instituciones científicas, es decir no se puede experimentar en los pacientes, salvo excepciones.

- **El consentimiento del paciente:** Este es un tema que se debe abordar con más amplitud, lo cual será tratado más adelante, pero a breves rasgos se puede mencionar que no es más que aquella autorización que el paciente da al médico tratante para que realice algún procedimiento que fue previamente informado.

1.5 El acto médico

1.5.1 Concepto

El acto médico es la relación médico-paciente, es una forma especial de relacionarse entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud, a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente (Guzmán et al., 2009).

El acto médico se refiere a lo que realiza el profesional de la medicina en el desempeño de su profesión frente al paciente (Ética Médica Individual¹) y a la sociedad (Ética Médica Social); los actos que lleve a cabo en función de su vida privada, no profesional, caerán en el campo de Ética General, mismos que permiten juzgar los actos de cualquier persona (Vera, 2013).

1.5.2 Principios

- **Beneficencia:** que las acciones del profesional médico estén destinadas al beneficio tanto del paciente como de la sociedad.
- **Autonomía:** es derecho de los individuos, en pleno uso de sus facultades, decidir sobre el procedimiento a realizarse como el profesional que lo atiende.
- **Justicia:** es la obligación del médico para tratar al paciente como le corresponde, por lo tanto, se debe proteger la igualdad de oportunidades de las personas.

¹ Ética Médica: disciplina que se ocupa del estudio de los actos médicos desde el punto de vista moral y que los califica como buenos o malos, a condición de que ellos sean voluntarios y conscientes. La ética médica orienta la conducta de los médicos hacia el bien, busca lo correcto, lo ideal y la excelencia (Vera, 2013).

- **No maleficencia:** el profesional deberá evitar cualquier acción que pueda generar un daño al paciente.

1.5.3 Requisitos

- **La profesionalidad:** Hace referencia que, solamente el profesional médico puede realizar cualquier tipo de actuación que va relacionado con el servicio de la salud.

Merino (2015) habla de esta característica y menciona que, es aquel compromiso que el médico voluntariamente asume consigo mismo y con la sociedad por el que se compromete a actuar en su profesión con valores éticos

- **La ejecución típica:** Básicamente es que el actuar del profesional médico esté en conformidad a la Lex Artis, es decir de acuerdo a las reglas de actuación del médico profesional.
- **Objetivo: la curación o rehabilitación:** Hace referencia a que el profesional de la salud está destinado a prevenir o ayudar a la recuperación del paciente, se debe tener claro que las metas varían dependiendo de cada persona (Organización Mundial de la Salud, 2019).
- **La licitud:** en el acto médico radica en que sea por mutuo consenso, una persona pide ser curada y otra la acepta. La libertad del paciente para decidir es un derecho inalienable y como derecho de la persona debe ser protegido por el Estado (Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador, 2013).

Es menester mencionar que la legitimidad nace de la ley, es decir, por medio de este se le da al profesional la potestad para actuar determinados actos en beneficio del paciente, y en caso de concurrir en actos legalmente no aceptados por la ley, constituirá en un delito, así como también generaría un detrimento al individuo.

1.6 Consentimiento informado

El consentimiento informado (CI) es un proceso a través del cual el profesional médico informa al paciente sobre el tratamiento que le realizará, así como los riesgos, beneficios y alternativas. El CI debe ser firmado de forma consciente y voluntaria por el paciente, que puede aceptarlo o bien rechazarlo (Vera, 2016).

Es claro el significado en términos generales de lo que es el CI, y no es más que el médico tratante de un individuo le da a conocer detalladamente al paciente todas las peculiaridades de su situación actual, así como también los tratamientos posibles que se tienen y los riesgos que conlleva cada uno. Sin embargo, este concepto no es suficiente y se lo tiene que trasladar a un ámbito legal.

El consentimiento informado lleva en sí dos términos distintos, en un primer momento se tiene el término “consentimiento” y es aquel acto voluntario al que se somete un individuo a un tratamiento o intervención médica; en segundo plano está el término “informado” y es aquella información que debe dar el profesional de la salud a la persona que está tratando, es decir al paciente. Así, el CI está amparado en el artículo 362 de la Constitución:

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el Consentimiento Informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De aquí denota la obligación y responsabilidad que tiene el profesional de la salud de aplicar este instrumento con los pacientes, con el fin de que ellos sepan a cabalidad todo lo referente a su enfermedad, tratamientos, procedimientos y riesgos, para que en base a eso sea el paciente quien pueda decidir cómo actuar frente a su enfermedad.

La Ley Orgánica de la Salud, también hace mención acerca del consentimiento informado y señala:

Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: h) Ejercer la autonomía de su voluntad, a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública. (Ley Orgánica de la Salud, 2022, Art. 7)

El Código de Ética Médica, contiene la obligación de contar con dicho instrumento y señala:

El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si esté no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que este de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones. (Código de Ética Médica, 1992)

Sabiendo que se entiende por CI, es preciso tener claro que es un acto jurídico voluntario por lo tanto es vital que dicho acto cumpla de tres requisitos elementales para que así este pueda ser válido; en efecto, Cañete et al (2012) menciona cuales son estos elementos volitivos y señala: intención, libertad y discernimiento. El consentimiento médico contiene también elementos constitutivos fundamentales para que sea válido:

- **Capacidad de comprensión:** no es más que el paciente debe tener la capacidad suficiente para entender toda la información que el profesional de salud le brinda, con el fin de que el paciente pueda aceptar o rechazar ese consentimiento.
- **Voluntariedad:** hace relación a que el consentimiento que da el paciente debe ser estrictamente voluntario, por lo tanto, no puede darse bajo efectos de una manipulación.
- **Información:** el profesional de la salud dará a conocer al paciente todo lo relacionado con su situación actual, por tanto, no debe omitir ningún detalle porque de ser así el paciente puede tomar una decisión errónea que podría generar grandes daños en la salud.

El consentimiento debe contener identificación, objetivos y descripción del procedimiento clínico, beneficios esperados, alternativos posibles para el procedimiento clínico recomendado, consecuencias previsibles de la realización o de la no realización del procedimiento clínico recomendado, descripción de los riesgos frecuentes y de los riesgos poco frecuentes del procedimiento clínico, descripción de los riesgos personalizados entre otros (Simón, 2006).

1.6.1 Formas y efectos

Es fundamental saber quién debe otorgar el consentimiento, y como ya se mencionó anteriormente el artículo 15 del Código de Ética Médica, de este desprende que, quien otorga el consentimiento en un primer lugar es el paciente, ya que él cuenta con la capacidad para entender lo que el profesional de la salud le informa; sin embargo, el

mismo artículo nos menciona una excepción por lo que le corresponde otorgar el consentimiento al representante o en su defecto, alguna persona vinculada al enfermo por razones familiares.

Existen dos maneras en las cuales se podrá otorgar el consentimiento informado, por regla general se hará de manera verbal empleando toda la información necesaria, y de manera excepcional se realizará por escrito como por ejemplo cuando se dan intervenciones quirúrgicas.

El CI puede ser expreso o tácito, la forma en la que se realiza dependerá mucho del caso y su complejidad.

- **Consentimiento tácito:** Por lo general esta forma de consentimiento se da cuando son procedimientos que no requieren mucha complejidad, es decir son sencillos así por ejemplo esta un examen físico, en la mayoría de veces se vincula con el consentimiento en forma verbal.
- **Consentimiento expreso:** Suele ser de manera escrita, o verbal que luego se transforma en escrita, esta forma de consentimiento implica mayor complejidad debido a que el paciente será sometido a una intervención quirúrgica o un tratamiento, por lo tanto, esto obliga al paciente a que lleve un formulario de tal manera que señala que presta su consentimiento de manera libre y voluntaria.
- **Consentimiento directo:** Es otorgado directamente por el mismo paciente, ya que cuenta con la capacidad suficiente de discernimiento, es decir entiende lo que el profesional le informa.
- **Consentimiento diferido:** Este consentimiento va a ser otorgado por un tercero, para ejemplificar: una persona que está en estado de inconsciencia le impide discernir las cosas, o también se puede dar en el caso de un representante legal. Como resultado del CI, el paciente tiene derecho a dar o negar su consentimiento.
- **Niega el CI:** Al ser el consentimiento un acto de voluntad del individuo, el paciente puede negarse a recibir un tratamiento o procedimiento médico, salvo en casos que esta negativa pueda comprometer la salud a terceras personas, es de suma importancia que esta negativa se presente por escrito.
- **Aceptar:** En caso de dar el consentimiento cuando es por escrito se exigen las siguientes peculiaridades:

- Intervenciones quirúrgicas.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos.
- Cuando se aplican los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria previsible repercusión negativa.
- Procedimientos de carácter experimental.

1.7 Juramento hipocrático

El juramento hipocrático, se inspira en el principio de beneficencia, entiéndase como aquel deber del médico de ponerse, en el lugar del paciente para actuar y elegir los cuidados que considera más favorables; esto es, evitar todo lo que perjudique o dañe, buscando el máximo beneficio posible para el paciente.

Hipócrates sostenía:

Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas, anímalas con solicitud y amabilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar, ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, del pronóstico sobre su presente y futuro. (Lara, 2004)

Es importante resaltar que Cabanellas (1997) se refiere al juramento hipocrático como un documento venerable del patrimonio moral de occidente, el texto en su forma original consta de ocho cláusulas ordenadas en cuatro partes.

1. Invocación: apelación a los dioses senadores, divinidades tutelares y primeros inventores del arte de curar.
2. Compromiso: pacto o alianza en el seno de una comunidad decente y profesional.
3. Código: perspectiva o deberes del médico hacia el paciente según las ramas de curar (dietética, farmacéutica y quirúrgica).
4. La materia médico o administración de los fármacos: prescribe el principio de inviolabilidad de la vida humana desde la concepción a la agonía.
5. La cirugía, la intervención manual, proclama el principio de abstención terapéutica.
6. La asistencia médica: fundada en el principio de filantropía o del amor a la humanidad.

7. Ejercicio profesional: se funda en el secreto o confidencia como parte de respeto del médico hacia al individuo.
8. Demanda o reclamo de justicia conmutativa, ora la recompensa por la observancia del juramento, ora la pena por su incumplimiento. (Cabanellas, 1997)

El juramento hipocrático es un símbolo, en el cual el profesional se compromete a dar su vida para salvaguardar la vida de la persona que está en sus manos, es decir su paciente, el profesional no pondrá de ninguna manera en riesgo su salud. El profesional antes de ejercer su profesión y poner en práctica todos sus conocimientos respetando la ética, realiza el juramento.

1.7.1 Importancia del juramento hipocrático

La importancia del juramento radica en que el médico se asegure, con todos los medios posibles que el paciente pueda reintegrarse a la sociedad de una manera óptima (Sánchez y Taype, 2018).

Como se ha mencionado, el juramento es un compromiso que realiza el médico antes de ejercer su profesión, es de contenido ético, la importancia radica en que orientará y guiará al médico en el ejercicio de su profesión.

1.7.2 Alcances del juramento hipocrático

Cambariere (2017) menciona que, la medicina en sus orígenes era una experiencia que se transmitía de persona a persona, es decir de padre a hijo. Eran conocimientos heredados. Una especie de sacerdocio profesionalizado. En ese contexto surge el juramento.

Si bien es cierto, el juramento hipocrático no tiene validez jurídica, sino es cuestión de temas éticos y deontológicos del profesional, es por ello que las universidades cuando un profesional culmina su carrera y está próximo a ejercer su profesión debe realizar dicho juramento.

1.8 Responsabilidad médica

El derecho administrativo, con su principal referente en el Estado colombiano, dentro de la variedad de derechos tutelados se ha incluido la categoría del daño a la salud, en palabras de Guerra y Pabón (2020) se lo define como: “La afección biológica o fisiológica que sufre el administrado por la ineficiencia, mora u omisión del Estado en la prestación del servicio de salud” (p. 33).

Cuando se habla de responsabilidad médica, se hace alusión al compromiso del profesional médico, por tanto se puede señalar que es aquella obligación que tienen los médicos de reparar o satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. Por su parte Vera (2013) hace un importante enfoque desde el punto de vista médico-legal:

El actor es un médico con diploma y título habilitado; el acto es el accionar médico, quirúrgica, etc.; el elemento objetivo es el daño en el cuerpo o en la salud, desde una lesión hasta la muerte; el elemento subjetivo es la culpa por impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de normas y reglamentos; y la relación de causalidad entre el acto médico y el daño, debe ser una línea directa sin ninguna interferencia. (Vera, 2013)

De lo mencionado anteriormente, se puede observar cuales son los elementos esenciales para que se configure la responsabilidad médica, además se evidencian los tipos de mala práctica médica que pueden existir, por: impericia, imprudencia, negligencia e inobservancia.

Continuando con la línea de García (2000) la responsabilidad encuentra su fundamento legal en la necesidad jurídica y social de que todo médico responda ante las autoridades judiciales por los daños y perjuicios por las faltas voluntarias o involuntarias.

1.8.1 Tipos de responsabilidad médica

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se cuenta con tres tipos de responsabilidad médica. La responsabilidad administrativa (la que se aborda en el presente trabajo), además de la civil y penal.

En definitiva, la actuación médica ya sea que se dé por la acción o por la omisión y el hecho generador de la responsabilidad del profesional dará como resultado una responsabilidad ya sea de índole penal, civil o administrativa.

- **Responsabilidad administrativa**

El Código Orgánico de la Salud en su artículo 202 manifiesta que:

Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: a. inobservancia, en el incumplimiento de las normas; b. impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; c. imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión de cuidado o diligencia exigible; y, d. negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (Ley Orgánica de la Salud, 2022)

De acuerdo a la normativa, queda claro que para la existencia de una responsabilidad administrativa se determinará con la sola existencia de un daño, un infractor, y el nexo causal, es decir que ese daño fue consecuencia del actuar del infractor.

En lo que se refiere a la responsabilidad en el área administrativa, será detallada de mejor manera en los capítulos siguientes.

- **Responsabilidad civil**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe normativa que regule la responsabilidad médica civil. Sin embargo, es preciso mencionar que el código civil habla de una responsabilidad civil en cuanto se refiere a la culpa indiferentemente de que actividad se esté tratando, es decir habla de la culpa en términos generales, es por ello que manifiesta en el Artículo 2229, “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparada por esta” (Código Civil, 2022).

Cuando se habla de una responsabilidad civil, se hace alusión a aquella indemnización en dinero por el daño que se ocasionó a una persona por el actuar de otra, no es más que una reparación patrimonial que recibe el individuo por aquella afectación económica ya sea por los gastos ocasionados durante todo el intervalo de tiempo que sufrió la afección el individuo, es también una forma de compensación económica por el tiempo que el paciente dejó de percibir ingresos por dicho detrimento.

- **Responsabilidad penal**

Este tipo de responsabilidad es un tema que ya se ha venido tratando desde la antigüedad, debido a que siempre se busca sancionar al profesional por el incumplimiento en su trabajo, en específico por la falta de cuidado en el ejercicio de su profesión.

En el código de Hammurabi (1790-1750) ya se planteaban normas y reglas sobre el ejercicio de la medicina, su aplicación y el castigo (sanción) que se daba por el mal actuar o mala práctica médica (mala praxis), actualmente en el ordenamiento jurídico existente, en base a como esta normado, se puede determinar si el profesional es responsable por su actuar.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el artículo 27 habla sobre la culpa, “Actúa con culpa las personas que infringen el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Código Orgánico Integral Penal, 2021).

Para llegar a saber si el profesional es responsable penalmente o no, al igual que en las otras dos responsabilidades, es vital determinar la existencia de un daño, en este caso concreto, como la norma señala claramente haber faltado “el deber objetivo de cuidado”, además se debe probar el nexo causal.

A más de las ya mencionadas tipo de responsabilidades, es de suma importancia observar las siguientes responsabilidades:

- **Responsabilidad profesional**, cuando el profesional médico infringe el deber objetivo de cuidado, consecuencia de ello generará un detrimento en el individuo.
- **Responsabilidad jurídica**, cuando el profesional que causó daño al paciente, va a tener la obligación de rendir cuentas ante la justicia por los actos que cometió, y estos actos van en contra de la ley y buenas costumbres.
- **Responsabilidad objetiva**, nace a raíz del resultado dañoso, y que no se espera que suceda, pues el accionar del profesional puede de alguna manera inducir a ese resultado.

- **Responsabilidad subjetiva,**² esta se da por la discrecionalidad del médico en el ejercicio de su profesión, y ese actuar del médico va a tener repercusiones legales, en muchos de los casos repercusión penal.
- **Responsabilidad contractual,** aquí tenemos de por medio un contrato, no necesariamente debe constar por escrito, pero su incumplimiento acarrea consecuencias legales.
- **Responsabilidad extracontractual,** su punto de partida no es el contrato, su aplicación en el campo médico se da de una manera excepcional (Ponce, 2018).
- **Responsabilidad disciplinaria,** es la infracción a la Ley Orgánica de Salud como a sus reglamentos y esto genera daño al paciente.
- **Responsabilidad colectiva de los médicos,** cuando el daño ocasionado al paciente es realizado por más de un profesional, es decir el profesional se convierte en coautor o autor y partícipe (Montanelli, 2007).
- **Responsabilidad deontológica,** es consecuencia de la inobservancia de las disposiciones específicas dadas por el colegio médico.

La protección a la salud y el respeto a la dignidad humana son los entes rectores dentro de la responsabilidad médica, por tanto, la salud es un bien jurídico protegido por parte del Estado en caso de que un profesional de la salud haya causado daño³ al individuo.

1.8.2 Diferencia entre responsabilidad y mala práctica médica

Una de las principales diferencias es que no pueden coexistir ambas, sino que primero se da una para que dé como resultado la segunda; es decir, primero se tiene la mala práctica médica⁴ y a raíz de esta dará como consecuencia una responsabilidad médica por el mal accionar del profesional.

² Por ejemplo: el aborto, emisión de certificados falsos, violación al principio de secreto profesional.

³ Daño: es el elemento objetivo de toda reclamación patrimonial y se define como el menoscabo material o moral cuando hay una contravención de una norma, que una persona sufre y por la cual de responder otra (Cabanellas, 2006).

⁴ Existe mala práctica médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, siendo este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional (Ríos y Fuente, 2017)

La mala práctica médica se da por acción u omisión del profesional, generando un daño; la responsabilidad impone al profesional una obligación por el daño ocasionado.

La mala práctica médica se considera como el incumplimiento de la Lex Artis; mientras que la responsabilidad médica es aquella con la que se le va a sancionar al profesional por su mal comportamiento y por contrariar las normativas y disposiciones legales.

CAPÍTULO II

2. NOCIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

2.1 Evolución histórica

2.1.1 Irresponsabilidad absoluta del estado

Es preciso hablar sobre la irresponsabilidad absoluta del Estado como aquel momento histórico que se dio hasta la segunda mitad del siglo XIX, pues en la época antigua era innegable el hecho de que existía tal suceso.

Esta irresponsabilidad se justifica por la arbitrariedad que el soberano ejercía sobre sus súbditos; es decir, era el rey quien tenía el poder absoluto y nadie podía estar por encima de él, por ende no se contrariaba lo que el rey decía o hacía, incluso Luis XIV dijo: “*L’Etat c’est moi*”, que significaba “El Estado soy yo”, consecuencia de esta supremacía por parte del rey, los súbditos no tenían modo alguno de reclamar cualquier tipo de reparación por el detrimento que era ocasionado por parte del Estado.

2.1.2 Admisibilidad de responsabilidad de los funcionarios

Una vez superada la irresponsabilidad absoluta del Estado, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se declaró una responsabilidad a los funcionarios: la sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público. En 1793 fue ratificado y complementado, incluyendo “no puede existir si los límites de la función pública no son claramente determinados por la ley, y si la responsabilidad de todos los funcionarios no está asegurada”.

La responsabilidad que se le atribuía a los funcionarios por sus actos se fundamentaba en el Código Civil hasta el siglo XIX, se tenía la figura de la responsabilidad de los servidores públicos; sin embargo, con el pasar de los tiempos la figura fue evolucionando hasta convertirse en la responsabilidad del Estado.

2.1.3 Responsabilidad parcial del Estado (indirecta)

Se emitieron fallos como el *arret blanco o el arret Cadot*, mismos que fueron el punto de partida para que se dé la responsabilidad indirecta del Estado a la vez también se constituyó que los tribunales administrativos sean los competentes para conocer las causas en las que estaba implicada el actuar de la administración.

Se cuenta con dos momentos fundamentales en la responsabilidad indirecta del Estado, por un lado, se tiene que el daño es producto de un actuar ilegal o irregular del funcionario⁵. En segundo momento se tiene al funcionario que actúa legal o regularmente⁶.

Es una responsabilidad que nace como consecuencia del daño o perjuicio que es provocado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es decir, sobrepasa los límites que se le fueron otorgados en razón de su cargo; por lo tanto, se tendría una intencionalidad de provocar un daño al individuo.

Fiorini (2009) manifiesta que: “La responsabilidad parcial del Estado queda de manifiesto en los actos de autoridad llevados a cabo por el mismo, manifestándose como principales causas de la responsabilidad parcial del Estado la falta y la falla de personal” (p. 57).

Aquí la falta de servicio es la causa principal de la responsabilidad parcial del Estado, por el hecho de que los funcionarios realizan sus actividades de una manera ineficiente generando así un daño y un perjuicio al individuo. La responsabilidad parcial se fundará en la intencionalidad o culpabilidad del funcionario que comete el acto dañino hacia el individuo.

Alessandri (1943) advierte que la circunstancia de que la responsabilidad basada en la culpa sea subjetiva no significa que la conducta deba apreciarse en concreto, esto es, tomando en cuenta su propio estado de ánimo, condiciones personales, averiguando si habría o no podido obrar mejor.

⁵ Hace referencia a la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, conocida como la falta personal del funcionario.

⁶ Conocida como la responsabilidad por falta de servicio.

2.1.4 Responsabilidad objetiva del Estado (directa)

Esta se evidencia por los daños que ocasionan los funcionarios al momento de ejercer su profesión, sin olvidar que estos son los representantes de la nación para poder prestar el servicio público, razón por la cual el Estado debe responder por los daños causados ellos.

Estrada (2010) define a la responsabilidad del Estado como, aquella obligación por parte del Estado, a reparar los daños causados por sus órganos, acciones que afectan los intereses de los ciudadanos siendo una responsabilidad total, la plena reparación económica, moral y psicológica de la víctima.

Cabanellas (2006) por su parte define a 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.

La responsabilidad objetiva a diferencia de la anteriormente citada, no atiende a la culpabilidad o intencionalidad sino únicamente se centrará en el daño que se ha producido, bastará a que determinado funcionario sea responsable sin importar si de por medio hay culpa o dolo.

2.2 Teorías de la responsabilidad

2.2.1 Teoría del sacrificio especial

Mayer (1949) menciona que, en la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen.

Por lo tanto, nada se puede cambiar, pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material corresponde al pasaje de valores, que corresponde al enriquecimiento sin causa⁷ y que deben ser indemnizado. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común,

⁷ Enriquecimiento sin causa: incremento del patrimonio de una persona a costa de la disminución inversamente proporcional del patrimonio de otra, y la ausencia de causa que justifique su desplazamiento (Merchán, 2015).

lo que significa la generalización del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad (Mayer, 1949).

Hay sacrificio especial cuando una norma de carácter general exige a un individuo una carga especial o mayor a comparación de los demás individuos, consecuencia de ello, genera un perjuicio, es decir un sacrificio por ende está obligado a soportar esas cargas públicas y deberá ser indemnizado. Se deben dar ciertas condiciones para que el Estado responda:

- La administración pública un daño a un particular.
- Que el daño castigue al particular de un modo injusto o desigual, es decir que sufra más que otro por ese acto de la administración.
- El daño ocasiona perjuicio material o empobrecimiento al particular.

Personalmente, pienso que el sacrificio especial es un punto que no está del todo resuelto, si bien es cierto se puede evidenciar de una manera no tan compleja cuando una ley genera un detrimento al individuo o más, se está frente al sacrificio especial.

2.2.2 Teoría de la igualdad de las cargas públicas

Se encuentra en el artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que manifiesta: “para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios”. De lo mencionado se entiende el principio de los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos.

Rousseau, en la obra del Contrato Social menciona sobre la igualdad de cargas entre los individuos como uno de los limitantes del soberano para su actuar y manifiesta:

Se deduce que el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no excede, ni puede exceder, de los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que en virtud de esas convenciones le han dejado de sus bienes y de su libertad. De suerte que el soberano no tiene jamás derecho de pensar sobre un súbdito más que sobre otro, porque entonces, al adquirir el asunto carácter particular, hace que su poder deje de ser competente. (Rousseau, 1812)

En definitiva, esta teoría busca que los daños que implican el mantenimiento de la actividad del Estado sean soportados por todo el pueblo sin especial carga sobre ningún individuo. Ramiro Saavedra habla sobre la igualdad de las cargas públicas e indica:

Se ha invocado con frecuencia en la doctrina como el fundamento de la responsabilidad administrativa en su conjunto... El primero de los grandes autores en hacerlo fue Teissier según él, no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos del poder público y del funcionamiento de los servicios públicos de interés general establecidos para el bien de todos. (Saavedra, 2003)

2.2.3 Teoría de la igualdad ante la ley

Es reconocido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales pueden fundarse en la utilidad común”.

Por tanto se comprende que todos somos iguales ante la ley, quien sufre un daño tiene derecho a ser indemnizado por la lesión, afectación que se le cause ya sea por una acción u omisión, ya sea que se actúe con dolo o culpa.

2.2.4 Teoría del daño especial y riesgo excepcional

La teoría del daño especial inicia en el año 1923 con el Consejo de Estado francés con el conocido caso Couitéas, el caso plantea que el actor no tuvo el cumplimiento de manera efectiva de una orden judicial de desalojo de 8000 indígenas que ocupaban el terreno del actor, consecuencia de ello se generó un perjuicio al actor que no estaba en la obligación de soportarlo.

Alemania adopta esta figura bajo el concepto de “sacrificio especial”, en el cual se generan perjuicios que afecta a un individuo en una medida desproporcionada a diferencia del resto de la sociedad, y esto da lugar a una indemnización.

Así se tienen algunos requisitos para que se dé el daño especial:

- Actuación legítima de la administración.
- Rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas.

- Nexo de causalidad.

Por tanto, se produce el daño antijurídico cuando los funcionarios actuales ilegitiman, es decir hay un resquebrajamiento de la igualdad entre individuos frente a la ley, así como a las cargas públicas.

Respecto al riesgo excepcional, se funda bajo el principio de igualdad entre los individuos ante la ley, se crea bajo el riesgo por parte de la administración, pues el Estado será quien responda por los daños ocasionados cuando en efecto hay una materialización del riesgo ocasionado por la administración.

En cuanto se refiere al daño especial y al riesgo excepcional es muy notoria las similitudes que se pueden encontrar en ambas, por ejemplo:

- Ambos están inmersos en el régimen de responsabilidad objetiva.
- Rompen con el principio de igualdad de los individuos.
- No cabe la responsabilidad del Estado cuando hay una alteración en el nexo causal.

Por otra parte, la diferencia entre el daño especial y el riesgo excepcional, son los siguientes:

- En cuanto a la naturaleza: el daño especial como su nombre mismo lo indica es especial y anormal como producto de la administración; en cambio, el riesgo excepcional no es más que aquella situación de riesgo que la administración coloca al individuo al momento de brindar el servicio.
- En cuanto a quien realiza la acción: en el daño, quien genera el daño será la administración; en cambio en el riesgo excepcional será igualmente por la administración o por un tercero.

En el fallo de la Corte Nacional se hace mención de estos casos de imputación:

La falla del servicio, al daño especial y al riesgo excepcional. La falla del servicio hace alusión al quiebre en la obligación del Estado de garantizar la vigencia de todos los derechos fundamentales y la prestación de los servicios que solventen las necesidades públicas. El daño especial es el fundamento de la responsabilidad explicado por la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas, aunque la actividad del Estado sea lícita. El riesgo excepcional es aquel que los particulares se ven expuestos debido a la naturaleza propia de la actividad que

genera el daño, pero que no pierde por ser riesgosa o peligrosa su carácter de lícita. (Ojeda, 2012)

2.2.5 Validez de estas teorías respecto al reclamo por responsabilidad por mala práctica médica

Una vez analizado la evolución, así como las teorías relevantes para el tema de estudio, se sostiene que la responsabilidad de la administración pública no es más que aquella obligación de hacerse responsable, es decir responder por los daños que ha ocasionado por su actuar.

González (2015) detalla que: “La responsabilidad de las administraciones públicas se concreta, por tanto, en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por la acción u omisión a ella imputables” (p. 63).

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se puede observar que la responsabilidad extracontractual del Estado es directa, por el hecho de que se reclama directamente al Estado, más no al funcionario público que actuó fuera del marco del ejercicio de sus funciones.

Las teorías antes mencionadas son de suma importancia debido a que estas ayudan a configurar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto a que sin ellas quedaría a discrecionalidad del juez, dando como resultado que el particular no tenga un efectivo goce de sus derechos al momento de realizar su reclamo.

Todas estas teorías tienen como objetivo principal justificar de alguna forma la figura de la responsabilidad extracontractual del estado, de esta forma se llega a aportar que, lo que se busca es el bien en general de la sociedad y es por ello que se da esta figura como herramienta de protección para los particulares.

CAPÍTULO III

3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

3.1 Responsabilidad extracontractual del estado

El Estado es el encargado de proveer todo aquel servicio público que es reconocido constitucionalmente, incluso puede delegar a entes privados con el objetivo de satisfacer todas las necesidades del ser humano.

Cuando se habla de servicios públicos, estos deben ser ofrecidos al ciudadano eficazmente y debe proveerse de la mejor calidad; sin embargo, hay casos en los que hay una falla en el servicio público como tal, consecuentemente genera un detrimento al individuo, por tanto, aparece la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, y se da cuando existe una violación a los derechos de los individuos y estos son ocasionados por los funcionarios públicos.

Bustamante define a la responsabilidad extracontractual del Estado, como:

Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante, cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria. (Bustamante, 2003)

El Código Orgánico Administrativo menciona en el artículo 15 sobre el principio de responsabilidad y el artículo 330 sobre la responsabilidad extracontractual lo siguiente.

Art. 15.- El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas. El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el servidor público

por actos u omisiones dolosas o culposas. No hay servidor público exento de responsabilidad.

Art. 330.- Responden⁸ por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en términos de la reparación por daños previstos en este Código. (Código Orgánico Administrativo, 2018)

Lo que se busca es que el Estado responda por el daño ocasionado al particular por el actuar negligente de sus funcionarios, o por realizar actos que vayan en contra de la ley como de la normativa interna de cada establecimiento o institución que representan.

De esta forma la responsabilidad del Estado es parte integradora del derecho administrativo, así verificara mediante el actuar tanto del Estado mismo como el de sus agentes (funcionarios/profesionales).

En definitiva, al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado se colige que, es una institución jurídica con la que cuenta el ciudadano como un mecanismo de defensa frente al actuar negligente de los funcionarios públicos que actúan a nombre del Estado, mecanismo compensatorio por los daños provocados.

La peculiaridad en esta institución y que la diferencia de otras instituciones (se verá más adelante a detalle), es que para que se pueda hacer uso de este mecanismo de defensa no se necesita un contrato de por medio, basta únicamente que el funcionario público haya incurrido en una acción u omisión y este haya sido causa determinante para violentar los derechos de los ciudadanos, generando así un detrimento al mismo.

Esta figura jurídica se la puede tomar desde dos aristas, por un lado, se tiene que es un limitante a la actividad del poder estatal y, por otro lado, que es una garantía con la que cuentan los ciudadanos por aquellas acciones u omisiones en las que incurren el profesional de salud, dando como resultado una violación a los derechos del particular.

⁸ Es aquella obligación legal por parte del Estado, reparar las afecciones que sufrieron las personas por el actuar de la administración pública.

3.2 Características de la responsabilidad extracontractual del Estado

- **Inexistencia de un vínculo jurídico:** Como ya se ha mencionado anteriormente, la responsabilidad extracontractual del Estado en su nacimiento no se da por la existencia de un contrato, sino se da por daños ocasionados por los funcionarios públicos.
- **Genera indemnizaciones económicas a los administrados:** Es la razón de ser de esta figura jurídica, como consecuencia del establecimiento de una responsabilidad se responde por acción u omisión en la prestación de un servicio público de salud. No se debe demostrar ni el dolo ni la culpa. Solo se debe acreditar el daño.
- **Caso fortuito o fuerza mayor:** Está dado por el COA, en su artículo 337, en el que señala que el caso fortuito o fuerza mayor son eximentes de responsabilidad.

Como se mencionó en su momento en cuanto al daño a la salud, es aquella afección tanto biológica como fisiológica que sufre el particular a causa del mal actuar del profesional de la salud en el ejercicio de sus actividades. Es por ello, que se da lugar a la figura de la responsabilidad extracontractual como una manera de comenzar de forma integral a las víctimas que han tenido que sufrir ese daño, sin haber estado en la obligación de soportarlo.

En cuanto se refiere a la responsabilidad específicamente hablando del ámbito de la salud, Vásquez da una noción:

El Estado debe dar una efectiva protección del derecho a la salud no sólo posibilitando el directo acceso de toda la población a las acciones de la salud, sino que también, ejecutando, cuando correspondan dichas acciones. En otras palabras, los servicios de salud al desarrollar esta función de interés público deben poner la salud al servicio de la persona humana y para eso deben adoptar todas las decisiones razonables, que el caso requiera con el objeto de no caer en la arbitrariedad y, por ende, en la injusticia. (Vásquez, 1999)

De lo mencionado, es claro que, el Estado debe ser responsable por esa actuación deficiente al momento de prestar el servicio de salud, pues en el supuesto existe un perjuicio causado por aquella acción u omisión, y como consecuencia se debe dar una reparación por parte del Estado.

3.3 Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Es de vital importancia aclarar la distinción existente entre estas dos figuras jurídicas que son, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual siendo la segunda nuestro tema de estudio.

En un principio se habla de la responsabilidad contractual, como su nombre mismo lo advierte, tiene su nacimiento con la existencia de un contrato y esta responsabilidad se da como incumplimiento o inobservancia de dicho contrato.

Por otro, la responsabilidad extracontractual del estado no tiene su raíz en un contrato, sino parte de la violación a los derechos del particular generando así un perjuicio que no está obligado a soportarlos. En ambas responsabilidades, el hecho generador por su propia naturaleza será diferente:

- Responsabilidad contractual: El hecho generador de esta responsabilidad, es como consecuencia del incumplimiento de ese contrato que se pactó entre los particulares.
- Responsabilidad extracontractual: El hecho generador será la violación a los derechos y garantías con las que cuenta el particular, es otras palabras.

Aunque el hecho generador de ambas responsabilidades es distinto, debido a que su nacimiento se da por causas diferentes, es necesario precisar que en ambas genera una misma obligación y no es más que la responsabilidad de reparar el daño causado.

De manera didáctica se plantean dos ejemplos para poder entender de mejor manera la diferencia entre ambas figuras jurídicas.

- **Responsabilidad contractual**

A y B se ponen de acuerdo y proceden a realizar un contrato de compra-venta, por el cual A se compromete a comprarle a B un vehículo, y por su parte B se compromete a entregarle a B un vehículo en perfectas condiciones. A le entrega el dinero pactado a B en el día y hora acordada, y a su vez B le entrega el vehículo, sin embargo luego de unos días A cae en cuenta que el vehículo no estaba en perfectas condiciones como manifestó B, pues tenía problemas mecánicos que nunca fueron informados por el vendedor, pues en el caso propuesto es claro que genera una responsabilidad al vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida, dando así la posibilidad al comprador de proponer una acción redhibitoria en contra de B por los vicios ocultos del vehículo.

- **Responsabilidad extracontractual**

A, acude al hospital con un severo dolor en el área abdominal, los doctores constatan que A tiene apendicitis y es necesario realizar una cirugía, por lo cual de inmediato le llevan al quirófano, luego de eso le dieron de alta; sin embargo días después regresa al hospital debido a que no ve mejora luego de su cirugía y nota algo raro en su herida, al momento de examinar al paciente notan un objeto en donde fue la cirugía, proceden a llevarle al quirófano nuevamente y se encuentran que han dejado material (gasas) de la primera operación, generando así una infección que se pudo haber evitado si es que los doctores hubieran actuado conforme es debido. Por lo tanto, dicho hecho genera una responsabilidad debido a que el particular no estaba en la posición de soportar este detrimento.

3.4 Requisitos de la responsabilidad extracontractual del estado, conforme al Código Orgánico Administrativo (COA)

La responsabilidad extracontractual del Estado en el ejercicio de sus funciones, es necesario saber diferenciar dos circunstancias que se presentan; por un lado, se tiene la actividad ilegítima del Estado (tema de estudio); y, por otro lado, la actividad legítima del Estado.

La doctrina menciona los requisitos que deben concurrir para que se configuren dichas responsabilidades dependiendo el caso, es por ello que Indalecio (2003) hace mención a lo siguiente:

- **Actividad ilegítima**

- Acreditarse la existencia de un daño.
- Debe existir una relación de causalidad.
- La conducta sea imputable jurídicamente al Estado, se debe probar la falta del servicio.

- **Actividad legítima**

- Daño.
- Relación de causalidad.

- Imputación jurídica de la conducta del Estado.
- Sacrificio especial.
- Ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

Como bien se observa en cuanto a los requisitos que deben concurrir, es claro que tanto la actividad ilegítima como legítima confluyen los requisitos de la existencia del daño, relación de causalidad, imputación jurídica al Estado; sin embargo, en la actividad legítima es necesario la existencia de dos requisitos adicionales.

Tanto en la actividad lícita como ilícita da la posibilidad de exigir una reparación por los daños y perjuicios generados al particular, obedeciendo las particularidades dependiendo sea el caso.

En cuanto se refiere a la actividad ilegítima, como su nombre lo menciona, esta va en contra del ordenamiento jurídico, y no es más que la que se sustenta en la falla o falta del servicio. En otras palabras, existe por parte de los funcionarios públicos, en este caso el profesional de la salud, un actuar que no va acorde a sus funciones, por lo tanto, es un actuar irregular.

Con la entrada en vigor del Código Orgánico Administrativo (COA) el 07 de Julio del 2018 trajo varios cambios al Derecho Administrativo como tal, pero entre ellos el que más interesa es en cuanto se refiere a la responsabilidad del Estado frente a los administrados (particulares), antes de la entrada de vigencia del COA, todo en cuanto se refiere a mencionado tema se lo encontraba en el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

El COA al tener una regulación mucho más amplia de lo que era antes de su existencia, explica los requisitos que deben existir para poder realizar el reclamo por vía administrativa en caso de que al particular se le ha causado un detrimento como consecuencia del mal actuar de los funcionarios públicos.

El sujeto para poder realizar el reclamo por responsabilidad extracontractual del Estado, será quien sufrió ese daño o detrimento, es decir la persona interesada será quien como consecuencia de un mal actuar del profesional de salud se le ha violentado sus derechos; la persona interesada tiene dos alternativas para realizar dicho reclamo y puede realizarse por vía administrativa o por la vía judicial.

El COA en su artículo 331, menciona los requisitos que deben existir para que se configure la figura de la responsabilidad extracontractual, estos son:

- La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra pretensión al que el particular tenga derecho.
- El daño calificado.
- La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.

Una vez enlistados los elementos que se deben dar para poder realizar un reclamo por responsabilidad extracontractual que menciona el COA, en los siguientes puntos se hablará detalladamente de cada uno de mencionados requisitos, en relación con el servicio de salud.

3.5 Elementos de la responsabilidad extracontractual del estado en la prestación de los servicios de salud

3.5.1 La imputabilidad

García (2008) señala: “Imputación es un fenómeno jurídico que consiste en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste” (p. 101). Por su parte Cassagne comienza haciendo referencia a una imputación objetiva, de tal manera advierte que:

La administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones. El Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, ley o reglamentos o simplemente por el funcionamiento irregular del servicio. (Cassagne, 2012)

Cuando al Estado, en representación de funcionario público que no actuó conforme es debido, se le imputa ese actuar, no es más que atribuirle el deber de reparar ese perjuicio como consecuencia del daño que se generó.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se advierte que existe tres títulos de imputación, que son el daño especial y riesgo excepcional que forman parte de la responsabilidad objetivo (desarrollado en el Cap. II, ítem 2.4), también se cuenta con la falla/falta de servicio que se encuentra dentro de la responsabilidad subjetiva (por desarrollar, Ítem 3.4.4).

En definitiva, lo esencial al momento de demostrar la imputación a la administración pública es evidenciar que el daño que se produjo es consecuencia del actuar del funcionario público que ejerce su actividad a nombre del Estado.

Es de suma importancia tener en cuenta que el funcionario que como consecuencia de su actuar ya sea por acción u omisión produjo un daño, haya actuado en pleno ejercicio de sus funciones, es decir, en uso de su potestad que se le ha otorgado por el desempeño de sus funciones que cumple a nombre del Estado.

3.5.2 El daño

Ramiro Saavedra señala lo siguiente:

Para que exista responsabilidad se requiere la concurrencia del daño que afecte a la integridad física, moral o patrimonial de una persona, la actuación de un sujeto, y la existencia de un nexo causal que permita imputar, es decir atribuir el daño a la conducta del sujeto, en el caso de la administración. (Saavedra, 2003)

De lo mencionado en la cita anterior, es claro que el daño es de dos clases, por un lado, moral y por el otro lado patrimonial. Cabe señalar que el daño moral es el que más conflicto causa debido a que este no es apreciable en cuanto a su valor pecuniario, es decir el daño moral no es de carácter económico como tal. Desde otro punto de vista se tiene al daño físico que va experimentar el particular como consecuencia del mal actuar del funcionario.

El Código Civil en su artículo 2232 menciona: “Demanda de indemnización: podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de relación, quien hubiera sufrido

daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad del perjuicio sufrido de la falta” (Código Civil, 2022).

En lo que se refiere al daño patrimonial, a diferencia del moral, cuenta con una valoración económica de dos modos. En primer lugar, de manera directa, es decir en las cosas que lo componen, y en un segundo momento de manera indirecta que no es más que la consecuencia de ese perjuicio que se le causó al particular.

De este modo cabría decir que el daño es el detrimento a los bienes de una persona, como a la integridad física del particular, además para que haya una acreditación a este daño el afectado no estaba en la obligación de soportarlo. En cuanto a las características del daño, estas se presentan a continuación:

- El daño debe ser cierto: La Real Academia Española (2001) lo define: “conocido como verdadero, seguro, indubitable”.
- El daño debe ser actual.
- El daño no puede ser futuro ni eventual.
- El daño debe ser directo: No es más que debe ser causado por funcionario público que representa al estado.

Ahora bien, el daño para ser objeto de reparación, como se ha mencionado anteriormente además de contar las características, debe ser probado por quien alega haberlo sufrido, de este modo la carga de la prueba tendrá quien sufrió el perjuicio. Así el artículo 338 del COA dispone:

Carga de la prueba: la persona que alegue debe probar el daño sufrido y el nexo causal. A las instituciones públicas o los delegatarios o concesionarios les corresponde la prueba de los eximentes de responsabilidad y la prueba de la diligencia exigible, en el caso de acciones u omisiones, en actividades que no son anormalmente peligrosas. (Código Orgánico Administrativo, 2018)

En el COA se menciona que para que el Estado pueda ser responsable por esas acciones u omisiones de los funcionarios públicos, el daño debe cumplir con cierta particularidad. Debe ser calificado, y como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, este “no tiene la obligación jurídica de soportarlo”.

De lo mencionado surge la interrogante ¿Cuál es el daño que no se está obligado a soportar? en estricto sentido y como ya se ha mencionado anteriormente vendría a ser el

daño antijurídico, y no es únicamente salirse del marco legal establecido sino también en aquellas acciones que son lícitas; sin embargo, generaron un detrimento al particular.

3.5.3 Antijuridicidad del daño

Como bien se analizó el artículo 334 del COA, habla sobre el daño, y de manera específica menciona que no todo daño va a ser considerado de generar una responsabilidad extracontractual del Estado, es por ello que el COA bien hace en denominarlo daño calificado, esto se da debido a que el particular no está en la obligación jurídica de soportar ese perjuicio.

De este modo el COA llama daño calificado al hecho generador de la responsabilidad extracontractual, porque como ya se ha mencionado no todo daño es susceptible para ejercer esta figura, sino únicamente aquellos que tienden a denominarse como “calificados”.

En cuanto a la antijuricidad como un requisito que necesita ser observado en esta responsabilidad y que está constando en el COA al decir que “la persona no tiene la obligación jurídica de soportarlo”. Tomás Quintana señala:

Cuando se habla de antijuricidad del daño, no se está haciendo referencia a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuricidad no se predica de la actuación que da lugar a responsabilidad- entre otras razones porque la responsabilidad se da tanto por el funcionamiento anormal como normal del servicio, por lo que no es necesario que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad-, sino del daño en el sentido de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar tales perjuicios, con independencia de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos. (Quintana, 2009)

Por su lado, Béjar et al (2014) recogido del libro “La responsabilidad patrimonial de la administración pública”, sostienen:

Para efectos de esta responsabilidad, el daño antijurídico no es calificado en función del proceder ilegal o legal del autor estatal, sino en la medida que el perjuicio es provocado a un administrado que no tiene el deber jurídico de soportarlo, por lo que resulta indemnizable. De este modo, la antijuricidad no califica la conducta del autor, sino que se aprecia en función al propio daño que ocasiona. En este caso, la

disociación entre el daño y el acto que lo causa, permite advertir que puede existir daño antijurídico a pesar de provenir de un acto lícito y, por ende, debe resarcirse. El daño resulta antijurídico no porque provenga de una causa indebida, sino porque el resultado efectivo de ese acto, su existencia y su mantenimiento en patrimonio del ciudadano es incompatible con otros valores y principios del sistema jurídico. (Béjar et al., 2014)

De lo mencionado se observa que la antijuridicidad no va a depender específicamente de la actuación legal como ilegal del funcionario, sino más bien del daño que no está obligado a soportar el particular. Por lo tanto, de esto se desprende que la antijuridicidad del daño lo encontramos en el resultado.

3.5.4 El nexa causal

Javier Indalecio Barraza define a la relación de causalidad como:

La palabra “relación”, para este caso en particular es la conexión o correspondencia de una cosa con otra; en tanto que “causa” es el fundamento u origen de algo. Entonces se conceptúa a la relación de causalidad como la conexión o correspondencia entre el accionar del Estado y un hecho dañoso, en tanto y en cuanto ese accionar sea el origen y fundamento de ese perjuicio. (Indalecio, 2003)

De este modo se define al nexa causal, como la relación existente entre el hecho generado (acción u omisión) y los efectos generados por esa acción u omisión, y como se ha dicho anteriormente debe ser directo, exclusivo e imprescindible que la acción provenga de la administración.

Se debe resaltar que no basta únicamente que el daño sea imputable al Estado como bien se menciona anteriormente, adicional se debe añadir este cuarto y último requisito que es el “nexa causal”, está visto como “La existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir el daño”. (Moreno P. , 2018)

El artículo 335 del COA, establece que “El nexa causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentara en hechos probados” (Código Orgánico Administrativo, 2018).

En consecuencia, se dice que el nexo causal no es más que esa relación existente entre la acción u omisión de los funcionarios públicos, siendo esta conducta la determinante para que se tenga como consecuencia el daño del particular.

De lo mencionado sobre el nexo causal se debe advertir que se puede dar un rompimiento a esta relación de causalidad debido a la falta de prueba o porque se puede demostrar algún eximente de responsabilidad que están previstos en el mismo cuerpo normativo que son: fuerza mayor, caso fortuito y el hecho excluido de un tercero.

- Caso fortuito y fuerza mayor: con respecto a estos dos tipos de eximentes de responsabilidad, estos dos suponen eventos imprevisibles con la diferencia de que el primero es un evento del hombre, mientras que el segundo un hecho de la naturaleza.
- Hecho de un tercero: se da por causas generadas por una persona ajeno al proceso de la responsabilidad.

3.6 Responsabilidad por falta o falla del servicio de salud

La falta de servicio se origina con el derecho francés, con el fallo *arret Blanco*⁹, es de gran relevancia dicho fallo porque es el punto de partida para el sistema. La magistratura señaló que:

Los tribunales ordinarios son radicalmente incompetentes para conocer de todas las demandas entabladas contra la administración por causa de servicios públicos, cualquiera que fuere su objetivo y aun cuando ellas no tiendan a hacer anular, reformar o interpretar los actos de la administración por la autoridad judicial, sino simplemente a hacer declarar contra ella con donaciones pecuniarias de reparación de los daños y perjuicios causados por sus operaciones. (Consejo de Estado Francés, 2017)

Por otro lado, en el mismo año de 1873 se presenta otro fallo de importante relevancia, el *arret Pelletier*¹⁰, en el que se distinguen dos clases de culpas, en primer

⁹ Hechos: una niña fue atropellada por un vehículo de la empresa Tabacalera, el padre de la niña propuso una acción por daños y perjuicios en contra del Estado, como civilmente responsable de las acciones cometidas por los obreros.

¹⁰ Hechos: en este caso se tiene un conflicto de competencia que originó la demanda propuesta por Pelletier, en lo que se refiere a la confiscación de su periódico por orden de la autoridad militar, bajo un estado de sitio. De este modo se solicitó al tribunal la nulidad de acto, la restitución de los ejemplares y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

momento será la culpa personal, mismo que será conocido por la justicia ordinaria y en un segundo momento se tiene la falla de servicio y el tribunal competente será el tribunal administrativo.

La culpa personal es concebida como aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatar. La falta de servicio al contrario es un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio. (Consejo de Estado Francés, 2017)

Como punto de partida de estos dos fallos y otros más en el Estado francés, se vio la necesidad de crear un estatuto específico en cuanto se refiere a la administración del Estado.

En la actualidad la responsabilidad del estado se ha extendido ampliamente en áreas y ámbitos que antes era inimaginables que se pudieran proteger y que hoy en día generan daños a los particulares, así por ejemplo se puede tener riesgo por la actividad sanitaria como una contaminación de SIDA¹¹, entre otros.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se tiene el concepto legal de responsabilidad por falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación. Esto se encuentra en el COA, Artículo 332: “cuando el servicio público es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad es de este. Cuando se lo presta por delegación de gestión, la responsabilidad es del correspondiente delegatario o concesionario y subsidiariamente del Estado” (Código Orgánico Administrativo, 2018).

La falta de servicio no es más que ese funcionamiento anormal, o incorrecto del servicio o actividad que desempeña el profesional de la salud en este caso. Amenábar sostiene que:

La determinación de la existencia de una falta de servicio requiere que se valore en concreto el funcionamiento del servicio o la realización de la actividad, atendiendo a las leyes y reglamentos administrativos que establecen su modo de funcionamiento. El funcionamiento irregular o defectuoso no se aprecia en relación con la culpa o negligencia del agente estatal, pues la falta de servicio se configura

¹¹ Caso González Lluy y otros vs Ecuador.

al margen de la antijuridicidad subjetiva del agente público concreto que causó el daño. (Amenábar, 2008)

De lo mencionado se colige que la falta de servicio es el funcionamiento irregular, defectuoso o anormal del servicio que está siendo prestado por el funcionario público a nombre del Estado.

El Estado deberá abstenerse de realizar cualquier acto que genere un daño a la salud del particular. Por lo tanto, para que el Estado este dentro del presupuesto de la falta de servicio deberá esté haber incumplido los deberes y obligaciones impuestos por el ordenamiento jurídico principalmente y de manera secundaria por las leyes y reglamentos que rigen cada institución de salud.

El servicio de salud, no es más que el profesional (médico) que desempeña sus actividades dentro de las casas asistenciales de salud, y, por lo tanto, la conducta médica compromete al Estado porque dicho profesional ejerce sus funciones a nombre de este. “El profesional-funcionario público es responsable concurrente con el Estado por el ejercicio irregular de su función, el médico por su actuación culposa y el Estado en base a la responsabilidad objetiva por la actuación de un órgano suyo” (Gherzi, 1992).

3.6.1 Características de la falta de servicio

- **No es necesario identificar al funcionario que la provocó:** Quiere decir que el particular no tiene la obligación de decir con precisión a los profesionales específicos que ocasionaron el perjuicio, así lo ratifica el profesor Barros (2006) “la responsabilidad del Estado recae directamente personalmente sobre el fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales” (p. 57).
- **La falta de servicio debe ser probada:** No es más que la carga de la prueba le incumbe al actor, es decir que la acción u omisión del profesional fue el que género el perjuicio al particular.
- **La calificación de la falta de servicio es una cuestión de derecho:** Hace referencia a que la falta de servicio debe ser calificada por el tribunal de justicia en este caso, no es más que la aplicación de la normativa para el caso concreto.
- **Falta de servicio de ser analizada independientemente.**

- **Es una infracción al deber legal:** La falta de servicio no es que los funcionarios actúan sin observar la normativa, es decir no actúa conforme su profesión lo advierte.
- **Es una infracción a la Lex Artis:** La Lex Artis ya fue explicado con anterioridad de manera doctrinal por la falta de una definición legal en cuanto al mismo, la Lex Artis al tener reglas de cómo debe actuar el profesional de la salud, este debe cumplir con las mismas, por lo que, al momento de ir en contra de estas, genera un perjuicio al particular.

En el área de la salud pública, para determinar la falta de servicio dependerá de los deberes y obligaciones de cada casa existencial de salud que se encuentran establecidas en sus propios reglamentos a más de los generales que se conocen.

De tal modo que para poder saber cuándo una casa asistencial de salud ha generado un daño al particular por la falta de servicio, es imprescindible conocer la situación para que se ocasione ese daño, de tal manera que, que cuando el médico en el ejercicio de sus funciones genera un daño, en el juicio de responsabilidad se deberá observar los deberes, principios y obligaciones que el profesional médico está llamado a observar para ejercer sus funciones y no es más que la Lex Artis que si bien es cierto no es un cuerpo legal, pero si es un cuerpo al que deben sujetarse los médicos.

Además, cuando se habla del servicio de salud y la falta de servicio es necesario hacer una distinción en la responsabilidad de dos ámbitos específicamente:

- a) La responsabilidad médica:** Es la responsabilidad del profesional médico propiamente dicha (tema de este trabajo), y no es más que la participación del médico en el ejercicio de sus funciones, es decir el rol que cumple el médico dentro de las casas asistenciales de salud a nombre del Estado.
- b) Los demás casos:** En este supuesto hace referencia a los demás profesionales que están dentro de las casas existenciales que no son médicos propiamente, sino son personal administrativo que se encargan del funcionamiento de la institución.

Es importante señalar esta distinción entre el campo médico y el no médico no específicamente para saber qué tipo de responsabilidad se aplica en cada caso, ya que en ambos supuestos va a existir una responsabilidad por falta de servicio. Sin embargo, se hace notar esto debido a que en el derecho administrativo no se cuenta con una gradación de culpas en cuanto se refiere a los actos médicos, por ello es notable que en el juicio de

responsabilidad en el un caso va a ser mucho más complejo que en el otro en cuanto va a tener mayor valoración técnica.

La falta de servicio en el servicio de salud es muy amplia. Sin embargo, se hará énfasis en dos, que en opinión de la autora de este trabajo son los más comunes y que mejor representan la falta del servicio como tal:

a) Defecto de diagnóstico

El diagnóstico médico o clínico es el procedimiento mediante el cual el profesional de la salud identifica una enfermedad o el estado del paciente con la ayuda de varias herramientas que permiten definir su cuadro clínico (León, 2018).

De lo mencionado se puede concluir que el diagnóstico es el primer paso que sigue el particular como pleno uso de su derecho a la salud; por lo tanto, es el primer actuar del médico. Dicho diagnóstico tiene la finalidad de indagar la condición actual del particular para así poder saber el tratamiento específico que debe seguir el paciente.

En un principio se podría decir que el diagnóstico como tal no puede llegar a generar daños, sin embargo, consecuentemente del diagnóstico ya realizado, es decir que el médico ya ha realizado la valoración que se entiende que es con el mayor de los cuidados, el médico puede incurrir en un error y producto del mismo podría dar lugar a un tratamiento equivoco e inapropiado generando así perjuicios al particular.

b) Error en la ejecución material del tratamiento

Hace referencia al hecho de que hay casos en el que paciente no recibe el tratamiento que el profesional de la salud (médico prescribió), ya sea por descuido, por olvido o por otro factor externo, por ejemplo: cuando a un paciente le programaron una cirugía de su pierna izquierda, y al momento de intervenir quirúrgicamente lo hacen en la pierna derecha, aunque sea curioso este tipo de casos, estas prácticas se han dado en repetidas ocasiones.

3.7 Responsabilidad por acción

La acción es un hacer, es ejecutar en forma libre y voluntaria algún evento o hecho con la finalidad de esperar un resultado, en este sentido un médico por ejemplo realiza una acción cuando está en una cirugía, se espera un resultado positivo o negativo.

Si se tiene un resultado negativo, va a generar un daño al paciente que se sometió a la cirugía, razón suficiente para iniciar una demanda de carácter legal que puede ser administrativa, civil e incluso penal, e involucra en consecuencia el pago de una indemnización por daños y perjuicios en función de ese daño que se ha provocado a un tercero.

Es preciso señalar que en cuanto a la actividad o acción, la doctrina lo ha dividido en dos; por un lado, se tiene la actividad jurídica y por otro lado se cuenta con la actividad material.

a) Actividad jurídica

La actividad jurídica se evidencia cuando un órgano estatal realiza ya sea un acto o norma que es netamente de carácter administrativo, y dicha declaración de voluntad genera de alguna manera un perjuicio al particular.

b) Actividad material

Para que pueda existir una responsabilidad en general se va a necesitar una actividad de profesional, es decir su actuar es el hecho generador para tener como consecuencia el daño al particular; por tanto, la responsabilidad solo va a existir por el accionar de la conducta humana, en este caso de los funcionarios públicos específicamente del médico.

En el derecho administrativo específicamente, para que se pueda dar la figura de la responsabilidad es de suma importancia de que el médico o profesional de la salud este estrechamente vinculada a esa institución que actúa a nombre del Estado, en un segundo momento es de importancia que la conducta realizada por el funcionario sea en ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas a realizar.

3.8 Responsabilidad por omisión

La omisión es el dejar de hacer algo, es preciso identificar que las omisiones pueden clasificarse en propias e impropias, y cada una de ellas tiene una connotación en el ámbito jurídico distinto, y en cada área se tiene que conocer efectivamente cuando una omisión se vuelve propia o impropia, porque dependiendo de ello puede establecerse responsabilidad o no.

Por ejemplo, una persona que no se conoce, con quien no se tiene ningún tipo de vínculo, está a punto de saltar de un edificio, yo observo que la persona está decidida en

saltar ¿debo yo acercarme y tratar de salvarle la vida? ¿es esa mi obligación?, pero tomó la decisión de no hacerlo. por lo tanto, dejó de hacer; frente a este “dejar de actuar” de mi parte la persona salta del edificio y muere ¿esa omisión es propia?.

El dejar de hacer algo para salvarle la vida en ese momento es mi responsabilidad, debo llevar la culpa en el ámbito legal específicamente de la muerte de esa persona, en ese sentido no se puede hacer porque no era mi deber profesional o jurídico el haber ejecutado ese acto para evitar que esa persona se salve, quedará en un reproche de carácter moral e interno, pero no podrá existir responsabilidad de tipo legal por esa falta de deber jurídico de actuar.

En este sentido no cabría la misma responsabilidad cuando, un bombero esté cerca y este no ejecute ningún acto para evitar que la persona salte, porque el deber profesional de mismo es tratar de velar por la integridad de esta persona.

En la omisión impropia o comisión por omisión es importante entender el primer elemento, que es la existencia del deber jurídico de actuar, la obligación legal que tengo de actuar. Por ejemplo; un profesional médico se niega a prestar el servicio de salud a un indigente que llega al hospital en estado etílico y con ciertas heridas, el médico se negó a atender por el simple hecho de que la indigente tenía un olor muy fuerte a alcohol y lo dejaron en una camilla.

Análisis: dentro de este supuesto, si el indigente por motivos de sus heridas y por la falta de atención médica oportuna fallece ¿Quién es el responsable? Muchos dirán que no hay responsabilidad del médico, porque él no ejecutó ninguna acción para que se provoque la muerte, pero no es así, debido a que la omisión impropia o la comisión por omisión al determinar el deber jurídico preexistente como en este caso el del médico de brindar atención médica por obligación y por mandato de la ley, exista ya responsabilidad de carácter legal, por lo tanto el médico deberá responder administrativamente, civilmente e incluso hasta penalmente por no haberle brindado atención oportuna con antecedentes de que no existió una negativa plena.

En este supuesto ya no se tiene una acción positiva por parte del Estado, sino más bien se cataloga que el profesional omite su accionar, y esto genera una especie de falta de servicio.

Generalmente este tipo de daño se da cuando la prestación del servicio de salud a un particular no se brinda de manera diligente, es decir se usan otros medios técnicos y

prácticos de los que se deberían usar, generando así una vulneración al derecho de la salud de la más alta calidad.

La inactividad del órgano estatal, se lo podría considerar como acción, pero en el caso concreto de la omisión se lo catalogaría como una “acción negativa”. De este modo entre las obligaciones del Estado será observar y determinar cuáles con las responsabilidades que tienen sus funcionarios para desempeñar dentro sus instituciones.

De este modo para que se dé efectivamente una omisión y así poder generar una responsabilidad se debe contar con ciertos requisitos:

- Inactividad del funcionario público.
- Existencia de un deber de actuar.¹²
- Posibilidad de actuar.

En definitiva, la omisión se verificará una vez que el funcionario no realiza una actividad¹³ que está llamado a realizar en base a su conocimiento y posición que ocupa; por lo tanto, a no realizar esa actividad está generando un perjuicio al particular que en estricto sentido no está llamado a soportarlo.

• **Caso de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador: Caso Góngora**

Antecedentes

El Sr. Ramón Leonardo Góngora Salazar, fue intervenido quirúrgicamente para el procedimiento “Limpieza de sinusitis” paciente que no representaba ningún tipo de riesgo.

La presente acción se da en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), por una DEFICIENTE PRESTACIÓN EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD.

Como resultado de la intervención quirúrgica, que como se mencionó, no tenía complicación alguna, se provocó una “ENCEFALOPATÍA HIPÓXICA ISQUÉMICA”, esto se da debido a una disminución del oxígeno o disminución del flujo sanguíneo cerebral al encéfalo.

¹² Deber de actuar: una norma expresa impone al funcionario la obligación de actuar.

¹³ No realizar una actividad: Falta al deber de obrar que no es imposible realizar.

Fundamentos de hecho

El Sr Góngora con tan solo 22 años y al ser afiliado al IESS, acudió al mismo con la finalidad de hacer tratar de la limpieza de sinusitis, una vez realizado todos los protocolos tanto administrativos como médicos solicitados, el paciente es intervenido quirúrgicamente el 26 de febrero del 2010.

Se realiza dicha intervención debido a que, en los exámenes realizados a petición de los médicos, señala que es necesario la operación.

Una vez iniciado la intervención junto con el anestesiólogo y el médico de cabecera quien iba a realizar la intervención.

En momento que se estaba dando la operación, el médico suspende la misma debido a un paro cardiaco lo que llevó a una suspensión de anestésicos y posterior a esto una reanimación cardiopulmonar (RCP), inmediato a esta maniobra de RCP, se traslada al paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) por presentar “decorticación cerebral”, esto se dio como consecuencia de la “encefalopatía hipoxia-isquémica” que fue producto de la lesión multifocal cerebral, esto se detectó a través de una un electroencefalograma, y esta falencia se dio por el pobre suministro de oxígeno al cerebro.

Fundamentos de derecho

- Constitución: Artículo 11 numeral 9 inciso 2,52,53; Artículo 54.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Artículo 10.
- Ley orgánica de Salud: Artículo 29.

Decisión

Se declara parcialmente con lugar la demanda, y por el hecho de haberse producido por parte del IESS una inadecuada prestación del servicio público de salud al Sr- Góngora, se le indemniza por concepto de reparación integral.

Opinión personal

Dentro de esta sentencia ya mencionada, no hay una regulación específica en cuanto se trata de la mala práctica profesional, si bien dentro del proceso se reconoce el derecho violentado al paciente, pero tuvieron que buscar mecanismos adicionales para poder lograr una reparación al paciente como a su familia debido a una falta de normativa.

Dicho procesamiento se ventila por un proceso administrativo, por lo tanto, no se persigue un delito como tal, más bien las consecuencias que derivaron de una deficiente prestación de servicio de salud.

Dentro del presente caso es evidenciable la deficiente prestación de servicio por parte de los profesionales de salud, pues si es que hubiesen observado de manera exhaustiva al paciente y al momento de suministrar la anestesia y el oxígeno no hubiesen dado con estos resultados, pues aún ni siquiera se dio por iniciado la operación como tal y se tuvo que suspender de inmediato.

Debido a esta deficiencia por parte del profesional médico el paciente quedó en estado vegetal, manteniéndose varios años en el IESS hasta el momento que falleció, si bien es cierto el Estado si se hizo responsable por los daños ocasionados por la deficiencia de sus médicos o profesionales, es necesario señalar que aún falta regulación más específica en cuanto al tema del servicio de salud debido a que deja a mucha discrecionalidad del juez, poniendo en una posición de desventaja al administrado, si bien es cierto el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado está regulado de una manera general, aún falta una regulación un tanto más específica dependiendo el servicio estatal que se esté prestando.

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como ya se ha visto en el Ecuador, la responsabilidad extracontractual del Estado con el pasar del tiempo ha ido evolucionando hasta llegar a la figura que es hoy en día, la reparación de los perjuicios a los administrados (particular), en nuestro sistema se basará en los títulos de imputación que fueron revisados dentro de este trabajo, por lo tanto a la víctima o particular que sufrió el detrimento le bastará únicamente probar el nexo causal existente entre el daño producido y el hecho generador.

En el Ecuador no se cuenta con un cuerpo normativo específico que recoja normas y principios claros y específicos en cuanto se refiere a la responsabilidad del Estado, por lo tanto, esto se vuelve discrecional por parte del poder público ya que no se va a tener resoluciones motivadas sino más bien van a estar sujetos a la arbitrariedad de los jueces por la falta de normatividad que se tiene.

En el Ecuador desde su carta magna se reconoce la reparación integral por los derechos que han sido violentados por la falta o deficiencia del servicio público que ha sido prestado, así como también por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos. Lo mencionado está recogido en el Código Orgánico Administrativo (COA), pero que no se ha aplicado conforme es debido por los jueces de la vía administrativa debido a que las acciones no prosperan ya que esta rama está muy conectada al derecho constitucional y por lo tanto se sustancia en esa vía, también no se ventilan mucho estos casos ya que no se da a lugar la acción, los jueces no prestan la diligencia debida en los casos, o en caso de hacerlo no lo hacen con la atención necesaria generando mayor daño a los particulares.

No se debe descartar el hecho de que varias veces no se aceptan la causas debido a que no se da lugar o no admiten la existencia de un nexo causal (requisito fundamental en esta institución) porque dan lugar a los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito) como por ejemplo las infecciones que existen en las casas asistenciales de salud, o también la existencia de los propios riesgos de cada tratamiento o intervención quirúrgica.

Hoy en día en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se evidencian pocos casos o fallos judiciales con respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado de manera general y específicamente en el área de salud. Es evidenciable que en el Ecuador existe

una gran irresponsabilidad de los profesionales al momento de brindar su servicio público, sin embargo el particular no realiza ningún reclamo contra el Estado por diferentes factores como por ejemplo el desconocimiento a los mecanismos de defensa que se tienen o una de las más importantes que es la falta de sustento económico para realizar todos los trámites judiciales para poder tener una justicia verdadera. Además, por el hecho de existir pocos procesos, esto provoca que la indemnización o resarcimiento por los perjuicios ocasionados sea escaso o casi nulo.

Desde el punto de vista de la autora de este trabajo, una recomendación viable que se podría tener en primer lugar sería buscar alternativas de publicidad y comunicación con el fin de que el particular conozca sus mecanismos de defensa que tiene frente a los derechos vulnerados que ocasionan los funcionarios públicos, pues el particular no tiene por qué soportar un perjuicio que no está justificado, por ende tiene que defenderse para que así no queden impunes dichas actividades por parte de los profesionales.

Además también se ve la necesidad de crear normas, leyes, reglamentos o más medios que permitan consolidar, exponer y ejecutar los conceptos y principios, así como también una regulación más específica, con el objetivo de que este tema de la responsabilidad no solo quede normada de manera general sino que tenga un fondo, es decir que sea más profundo dependiendo del servicio público que se esté prestando y así no caer en un vacío legal, evitando por lo tanto arbitrariedades, ya que al no contar con una regulación específica se vuelven trámites sujetos a una discrecionalidad.

REFERENCIAS

- Alessandri, A. (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- Amenábar, M. (2008). *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal.
- Aristóteles. (1922). *Ética a Nicómaco Libro V, Cap. X*. México D.C.: Editorial Gredos. Proyecto Filosofía en español: <https://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>
- Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador. (22 de Septiembre de 2013). *Informe sobre responsabilidad penal médica en Ecuador*. Quito: Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador. <https://achpe.org.ec/wp-content/uploads/2017/09/ACHPE-C%C3%B3digo-Integral-Penal.pdf>
- Barnard, A., & Spencer, J. (2002). *Encyclopedia of Social and Cultural Anthropology*. New York: Routledge.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. Biblioteca Digital : https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay/alma991004907279703936/56UDC_INST:56UDC_INST
- Béjar, L., Muñoz, K. R., & Martí, M. (2014). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. México: Universidad Panamericana.
- Bustamante, Á. (2003). *La Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Cabanellas, G. (1997). *Diccionario enciclopédico de derecho udual* (Vol. 25). Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. España: Heliasta.
- Cambariere, R. (15 de Junio de 2017). *Qué es el juramento hipocrático y qué obligaciones determina*. Buenos Aires: Fundación Favalaro. Fundación Favalaro: <https://www.fundacionfavalaro.org/juramento-hipocratico-obligaciones-determina/>
- Cañete, R., Guilhem, D., & Brito, K. (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. *Acta bioethica*, 18(1), 121-127. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2012000100011
- Cañón, L. (2017). La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia. *Páginas de Seguridad Social*, 1(1), 5-29. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844>
- Carrasco, D. O. (2013). Aspectos Éticos y legales en el Acto Médico. *Educación Médica Continúa*. La Paz.
- Carrillo, R., Guzman, L., & Magaña, L. R. (septiembre de 2016). Calidad de servicio en la consulta externa de un centro de salud urbano de Tabasco. *Revista Salud Quintana Roo*, 9(35), 11-15. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=103150>
- Caso de Guadalupe Larriva González, 1818-12-Ep (Corte Nacional de Justicia 24 de Agosto de 2012).

- https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2012/agosto2012/Resolucion%20No.%20246-12.pdf
- Cassagne, J. (2012). *Derecho Administrativo* (Sexta Edición ed.). (Abeledo-Perrot, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Civilis Derechos Humanos. (12 de marzo de 2019). *Manual sobre Derecho a la Protección Internacional en Crisis Mayores*. Caracas: Fondo Canadiense para Iniciativas Locales. Observacion general N.14: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- (2022). *Código Civil*. Quito: Congreso Nacional. https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf
- (1992). *Código de Ética Médica*. Quito: Ministerio de Salud Pública. <https://www.bioeticadesdeasturias.com/wp-content/uploads/2020/11/C%C3%B3digo-de-%C3%89tica-M%C3%A9dica.-Ecuador-1.pdf>
- (2018). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Requirto Oficial. <https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>
- (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2012). *Informe de Actividades*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Consejo de Estado Francés. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés* (21.a edición ed.). Francia: Editions Dalloz.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (12 de mayo de 2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Observacion General N.14: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Consejo Nacional de Planificación. (2017). *Plan Nacional Para el Buen Vivir 2017-2021*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - Senplades.
- (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador. Recuperado el 22 de Abril de 2020, <https://www.cec-epn.edu.ec/wp-content/uploads/2016/03/Constitucion.pdf>
- (1967). Constitución Política de la República de Ecuador. *Constitución Política de la República de Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional Constituyente. https://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1967.pdf
- (1998). Constitución Política de la República del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-418*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.
- Courtis, C., & Abramovich, V. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

- Cuestas, E. (2020). El principio de la solidaridad en la salud pública. *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas Universidad Nacional Córdoba*, 77(3), 135. El principio de solidaridad en la salud pública: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/med/article/view/29998/31070>
- Dawson, A., & Jennings, B. (2013). The Place of Solidarity in Public Health Ethics. *Public Health Reviews*, 34(4), 65-79. <https://publichealthreviews.biomedcentral.com/articles/10.1007/BF03391656>
- Declaracion de los Derechos del Hombre y del ciudadano. (1789). *Declaracion de los Derechos del Hombre y del ciudadano*. Francia: Asamblea Constituyente Francesa. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>
- Delgado, M., & Vázquez, M. (2006). Conocimientos, opiniones y experiencias con la aplicación de las políticas de participacion en salud en Colombia. *Revista de Salud Pública*, 3(8), 150-167. <https://www.scielosp.org/article/rsap/2006.v8n3/150-167/>
- Donabedian, A. (1990). *La calidad de la atención médica. Definición y métodos de evaluación*. México D.F.: La Prensa Médica Mexicana, S.A.
- Donabedian, A. (2001). Evaluación de la calidad de la atención médica. *Revista de Calidad Asistencial*, 16(1), 11-27. https://www.fadq.org/wp-content/uploads/2019/06/1966_Donabedian_Evaluacion_Calidad.pdf
- Estrada, R. (2010). *Responsabilidad del Estado*. Madrid: Zabalía.
- Fariñas, N. (2021). La conducta del profesional de acuerdo con la lex artis. *Ocronos*, 4(6), 1-7. <https://revistamedica.com/profesionales-sanitarios-lex-artis/>
- Fernández, N. (2004). *Calidad de la atención médica: Nuevas Formas de Organización y Financiación de la Salud*. Juárez: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. <https://docplayer.es/393702-Calidad-de-la-atencion-medica-por-dra-nelida-fernandez-busso.html>
- Ferrajoli, L. (2002). Positivismo critico, derechos y democracia. *ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1(16), 1-15. <https://philpapers.org/rec/FERPCD>
- Fiorini, B. (2009). *Relación entre los actos de autoridad y la responsabilidad parcial del Estado*. Buenos Aires: Palermo.
- García, E. (2008). *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Temis.
- García, T. (2000). Evolución de la prueba y de la relación de causalidad en los procesos judiciales sanitarios. *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 7(1), 1512-1517. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=74157>
- Gherzi, C. (1992). *Responsabilidad por prestación médico asistencial* (2a. ed. ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Gomez, P. M. (1986). *La Responsabilidad penal de los Médicos*. Montevideo: Amalio M. Fernandez.
- González, J. (2015). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid, España: Editorial Civitas.

- Guerra, D., & Pabon, L. (2020). Estado del arte y de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia. *Revista Espacios*, 41(8), 29-42. <https://www.revistaespacios.com/a20v41n08/a20v41n08p29.pdf>
- Guzmán, F., Franco, E., Morales, M., & Mendoza, J. (mayo de 2009). El acto médico: Implicación éticas y legales. *Acta médica colombiana*, 34(25), 139-149. <http://www.actamedicacolombiana.com/ojs/index.php/actamed/article/view/1710>
- Hauriou, M. (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Editions Dalloz.
- Heras, M. (30 de abril de 2004). *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Alicante: Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3596>
- Hernández, N. (1999). *De la Responsabilidad Jurídica del Médico: teoría general de la praxis médica : doctrina-legislación-jurisprudencia*. Caracas: Ateproca.
- Indalecio, J. (2003). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Buenos Aires: La Ley.
- Jiménez, R. (2004). Indicadores de calidad y eficiencia de los servicios hospitalarios. Una mirada actual. *Revista Cubana de Salud Pública*, 30(1), 1-12. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662004000100004
- Juicio ordinario que por devolución de dinero, Juicio 0597-2013 (Corte Nacional de Justicia del Ecuador 03 de Julio de 2015). https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2015/R%2086-2015-J%20597-2013.pdf
- Kazianka, B. (2012). ¿El pluralismo médico como concepto adecuado en el contexto de la biomedicina "Global" y la medicina indígena "Local"? Un ensayo sobre la realidad médica de los Mayas Itzáes en San José, Guatemala. *Scripta Ethnologica*, 29(1), 39-68. <https://www.redalyc.org/pdf/148/14828711003.pdf>
- Lara, D. (2004). El prestigio del médico hipocrático. *Estudios griegos e indoeuropeos*, 14(1), 45-58. <http://digital.csic.es/bitstream/10261/8921/1/EI%20prestigio%20del%20m%C3%A9dico%20hipocr%C3%A1tico.pdf>
- León, T. (04 de Diciembre de 2018). *¿Qué es el diagnóstico clínico y cuál es su importancia?* Loja: Universidad Particular de Loja. UTPL Blog: <https://noticias.utpl.edu.ec/que-es-el-diagnostico-clinico-y-cual-es-su-importancia>
- (2006). *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*. Quito: Congreso Nacional. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/Normativa-Ley-de-Derechos-y-Amparo-del-Paciente.pdf>
- (2011). *Ley de Seguridad Social*. Ecuador: Congreso Nacional. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_segu.pdf
- (2022). *Ley Orgánica de la Salud*. Quito: Asamblea Nacional. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3426/1/Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Salud.pdf>
- Long, N. (2001). *Development sociology. Actor perspectives*. Londres: Routledge.

- Martínez, L. (1998). Lex Artis Ad Hoc y la Responsabilidad Médico Profesional. *Anales de la Real Academia de Doctores*, 2(1), 155-166. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=194533>
- Mateos, T., Zabalo, J., Larrinaga, A., & Amurrio, M. (21 de mayo de 2016). Pluralidad política y diversidad cultural. Discursos sobre la educación para la ciudadanía en la sociedad vasca. *Papers*, 101(1), 51-72. <https://papers.uab.cat/article/view/v101-n1-mateos-zabalo-larrinaga-amurrio>
- Mayer, O. (1949). *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: DEPALMA.
- Mercenier, P. (1993). *Bases de organización de los servicios de Salud*. Belgica: Cooperación Técnica Belga.
- Merino, J. (2015). Profesionalismo o profesionalidad médica. *Educación Médica*, 16(1), 29-32. <https://www.elsevier.es/es-revista-educacion-medica-71-articulo-profesionalismo-o-profesionalidad-medica-X1575181315352408>
- Ministere de la Culture. (17 de Febrero de 2017). *Mérimée: una base de datos del patrimonio monumental francés desde la prehistoria hasta nuestros días*. París: Ministère de la Culture. Dictionnaire de la langue française: <https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Bases-de-donnees/Fiches-bases-de-donnees/Merimee-une-base-de-donnees-du-patrimoine-monumental-francais-de-la-Prehistoire-a-nos-jours>
- Ministerio de Salud Pública. (2014). *Estatuto por procesos de Ministerio de Salud de Salud Pública*. Quito: Ministerio de Salud Pública. https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2019/04/ESTATUTO-MSP_Acuerdo4520_ROEspecial118_31-03-2014.pdf
- Montanelli, N. (2007). *Mala praxis en cirugía plástica, visión no dogmática sobre la especialidad médica más castigada*. Argentina: García Alfonso.
- Montaño, P. (1986). *Responsabilidad Penal de los Médicos*. Montevideo: Editorial Amalio Fernández.
- Moreno, J. (2016). La responsabilidad extracontractual del Estado en El Ecuador: las limitaciones en el marco jurídico. *Revista Juris*, 1(15), 103-135. <https://vlex.ec/vid/responsabilidad-extracontractual-ecuador-limitaciones-690455605>
- Moreno, P. (2018). *Reparación integral de los daños provocados por la actividad regular de la administración pública*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6622/1/T2847-MDACP-Moreno-Reparacion.pdf>
- Mumford, M. (2002). Social Innovation: Ten Cases from Benjamin Franklin. *Creativity Research Journal*, 14(2), 253-266. https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1207/S15326934CRJ1402_11
- Muñoz, F. (2007). Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades. *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 1(1), 243-257. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21725.pdf>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Naciones Unidas, Sesión Plenaria. Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

- Naciones Unidas. (1993). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Ginebra: Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration>
- Naciones Unidas. (2018). *Informe sobre la universalidad de los derechos humanos, la diversidad y los derechos culturales*. Ginebra: Naciones Unidas. Universalidad y diversidad: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights/universality-cultural-rights>
- Organizacion Mundial de la Salud. (17-21 de Noviembre de 1986). *Carta de Ottawa para la promoción de la salud*. Ginebra: Organizacion Mundial de la Salud. Organizacion Mundial de la salud [OMS]: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/Carta-de-ottawa-para-la-apromocion-de-la-salud-1986-SP.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (10-11 de Octubre de 2006). *Noveno Foro de Futuros sobre la gobernanza de los sistemas de salud y la participación pública*. Amsterdam: Organización Mundial de la Salud. Ninth Futures Forum on health systems governance and public participation: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/107357/9789289021890-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Organización Mundial de la Salud. (30 de Agosto de 2019). *Marco de competencias en rehabilitación de la OMS*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. <https://www.paho.org/es/temas/rehabilitacion>
- Organización Mundial de la Salud. (2022). *Temas de salud: Calidad de atención*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/es/health-topics/quality-of-care#tab=tab_1
- Organización Panamericana de la Salud. (2021). *Equidad en Salud*. Washington: Organización Panamericana de la Salud. <https://www.paho.org/es/temas/equidad-salud>
- Palacio, J. (2015). El sistema general de seguridad social en salud. *Noticiero Oficial*, 1(7), 1-12. Noticiero Oficial: <https://www.noticieroficial.com/noticias/principio-de-integralidad-en-el-sistema-general-de-seguridad-social-en-salud/88540>
- Papalini, V., & Avelín, M. J. (2022). Pluralismo médico: regulaciones y concepciones de salud en seis países de América Latina. *Perfiles Latinoamericanos*, 30(59), 1-21. <https://perfilesla.flacso.edu.mx/index.php/perfilesla/article/view/1463/1298>
- Pérez, B. (julio de 2007). La equidad en los servicios de salud. *Revista Cubana de Salud Pública*, 33(3), 1-10. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662007000300007
- Piškur, B., Daniëls, R., Jongmans, M., Ketelar, M., Jem, R., Norton, M., & Beurskens, A. (29 de Agosto de 2013). Participación y participación social: ¿son conceptos distintos? *Rehabilitación Clínica*, 28(3), 211-220. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23988324/>
- Ponce, M. (10 de Agosto de 2018). *Responsabilidad Médica*. México D.F.: GeoSalud. <https://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>
- Quintana, T. (2009). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Valencia: Tirant lo blanch.

- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Asociación de Academias de la Lengua Española.
- Responsabilidad Civil Médica, 2318/2005 (Tribunal Supremo de lo Civil 2010). https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062010000200009
- Ríos, A., & Fuente, A. (2017). *El Derecho Humano a la Salud Frente a la Responsabilidad Médico-Legal*. México D.F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos México (CNDH).
- Rodríguez, R. (2019). *Tratado sobre seguridad social*. Barranquilla: Editorial Universitaria del Norte.
- Rousseau, J. (1812). *El contrato social o principios del derecho político*. Madrid: Jose Ferrer de Orga. El secretario Jurídico .
- Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sánchez, J., & Taype, Á. (2018). Evolución del Juramento Hipocrático: ¿qué ha cambiado y por qué? *Revista Médica de Chile*, 146(12), 1497-1500. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872018001201498
- Simon, P. (2006). Diez mitos en torno al consentimiento informado. *Anesteologia*, 29(3), 29-40. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272006000600004
- Valencia, G. (Septiembre de 2001). La Lex Artis. *Revista Médico Legal*, 1(3), 21-25. <https://xdoc.mx/documents/la-lex-artis-revista-medico-legal-608b83226acbe>
- Vásquez, A. (1999). *Responsabilidad del estado por sus servicios de salud*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- Vera, O. (2013). Aspectos Éticos y Legales en el Acto Médico. *Revista Médica La Paz*, 19(2), 73-82. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010
- Vera, O. (08 de Diciembre de 2016). El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica. *Revista Médica La Paz*, 22(1), 59-68. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582016000100010
- Vuori, H. (1988). *El control de calidad en los servicios sanitarios. Concepto y metodología*. Barcelona: Masson.
- Whitehead, M. (1992). Los conceptos y principios de equidad y salud. *International journal of health services*, 22(3), 429-445. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/1644507/>