

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La carga de la prueba en casos de responsabilidad civil
médica en el Ecuador**

Carlos Alberto Calvache Vaca

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 18 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Carlos Alberto Calvache Vaca

Código: 00337906

Cédula de identidad: 1719309526

Lugar y Fecha: Quito, 18 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL ECUADOR¹

THE BURDEN OF PROOF IN MEDICAL CIVIL LIABILITY CASES IN ECUADOR

Carlos Alberto Calvache Vaca²
carlos_calvache@hotmail.es

RESUMEN

Los procesos de responsabilidad civil médica han aumentado considerablemente en las últimas décadas. Durante años, la doctrina ha expresado diferentes criterios sobre qué parte procesal debe soportar la carga de la prueba para configurar responsabilidad civil. En Ecuador no existe disposición legal específica de asignación de carga probatoria para los casos de responsabilidad civil médica, así como tampoco precedentes judiciales obligatorios. El objetivo del presente trabajo fue realizar un análisis de los criterios propuestos por la doctrina para asignar las cargas probatorias, a fin de identificar la postura más adecuada para el Ecuador en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Se concluyó que es posible aplicar la carga dinámica de la prueba, lo cual es recomendable porque garantizaría la aplicación del principio de igualdad procesal. No obstante, se recomienda desarrollar pautas que guíen el trabajo de los jueces al momento de asignar cargas probatorias para reforzar la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad médica, carga, prueba, carga dinámica, igualdad.

ABSTRACT

Medical civil liability procedures have increased considerably in recent decades. For many years, the doctrine has expressed different criteria on which procedural party must bear the burden of proof to establish civil liability. In Ecuador, there is no specific legal provision for assigning the burden of proof for cases of medical civil liability, nor are there any binding judicial precedents. The objective of this work was to carry out an analysis of the criteria proposed by the doctrine to assign evidentiary burdens, in order to identify the most appropriate position for Ecuador in the field of medical civil liability. It is concluded that it is possible to apply the dynamic burden of proof, which is recommended because it would guarantee the application of the principle of procedural equality. However, it is recommended to develop guidelines to conduct the work of judges when assigning burdens of proof to reinforce legal certainty.

KEY WORDS

Medical liability, burden, proof, dynamic burden, equality.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María Catherine Ricaurte Herrera.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.- 5.1.-CARGA DE LA PRUEBA DEL ACTO ANTIJURÍDICO.- 5.2. CARGA DE LA PRUEBA DEL DAÑO.- 5.3. CARGA DE LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL.- 5.4. CARGA DE LA PRUEBA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN.- 6. CARGA DE LA PRUEBA EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL ECUADOR.- 6.1. LEGISLACIÓN.- 6.2. JURISPRUDENCIA.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción:

A partir de las últimas décadas, en el mundo, se ha identificado un aumento considerable en el número de procesos judiciales relacionados a la responsabilidad civil médica³. A pesar de que en el Ecuador no se ha realizado un análisis estadístico sobre el incremento de estos casos, este tema es importante debido a que se encuentran en juego la salud y la vida de las personas. Sin embargo, se pueden observar los datos presentados por otros países, tales como Estados Unidos, donde se calcula que alrededor del 7.5% de los médicos de emergencias se enfrentan a una demanda por presunta mala praxis cada año. Este porcentaje crece en países como España, donde se ha alcanzado el 9.7%⁴. Incluso, en países como Brasil, se ha llegado a afirmar que a cada hora existen tres nuevas acciones para iniciar un litigio por mala praxis médica⁵.

Junto al aumento de los procesos por responsabilidad civil médica, se han desarrollado análisis doctrinarios sobre los aspectos particulares que giran en torno a este tipo de responsabilidad, entre ellos el tema de la carga de la prueba. Se ha identificado un problema jurídico que nace debido a que actualmente existe controversia en cuanto a la carga probatoria de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil médica. La controversia se basa en si se debe seguir la regla general de ‘quién alega un hecho debe probarlo’, o si por el contrario se debe producir una inversión de la carga de la prueba.

³ Homaile Mascarín do Vale y María Cristina de Oliveira Santos Miyazaki, “Medicina defensiva: ¿una práctica en defensa de quién?”, *Revista Bioética Brasil* (2019), 747-755. doi: 10.1590/1983-80422019274358.

⁴ Bernardo Perea-Pérez et al., “Medicina defensiva en los servicios de urgencias hospitalarias”, *Revista Española de Salud Pública* (2021), 2.

⁵ Homaile Mascarín do Vale y María Cristina de Oliveira Santos Miyazaki, “Medicina defensiva: ¿una práctica en defensa de quién?”, 747.

En el Ecuador no existe norma legal, ni precedentes judiciales que regulen de manera específica este particular, por lo que también representa un problema práctico al momento de llevar un proceso por responsabilidad civil médica. Por esta razón, es importante preguntarse: ¿Cómo determinar qué parte procesal debe soportar la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica en el Ecuador?

Para responder a esta pregunta el trabajo inició con el estudio de los presupuestos necesarios para configurar responsabilidad civil médica, junto a los criterios para distribuir la carga probatoria y lo que debe ser probado según cada presupuesto en particular. Posteriormente, se realizó un análisis del sistema jurídico del Ecuador relacionado a los cuerpos normativos y criterios judiciales que pueden ser aplicados a la responsabilidad civil médica. Con la integración de estos análisis se buscó determinar la distribución de la carga probatoria que asegure la aplicación del principio de igualdad procesal para ambas partes en el Ecuador.

Para el trabajo se utilizó una metodología cualitativa y deductiva, debido a que se realizó un análisis crítico de las diferentes posiciones doctrinarias sobre la carga de la prueba en responsabilidad civil médica, las cuales se llevaron al caso ecuatoriano. También se utilizaron tres metodologías jurídicas, la primera basada en un análisis dogmático sobre los pensamientos doctrinarios en relación a la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil médica. La segunda metodología es un análisis normativo sobre los cuerpos jurídicos que regulan este tema y que podrían aplicarse a los casos de responsabilidad médica. Y la tercera basada en el análisis judicial de una sentencia sobre inversión de la carga de la prueba en responsabilidad civil médica.

2. Estado del Arte:

La carga de la prueba en procesos de responsabilidad civil médica ha sido un tema en constante desarrollo a través de los años. El presente apartado muestra el estado de la cuestión y los diferentes abordajes que han existido sobre el tema. Para dar inicio, según Devis Echandía, la carga de la prueba tiene dos funciones: 1) Ser una regla que guíe la conducta de las partes para identificar cuáles hechos deben ser probados por cada una, y 2) ser una regla de decisión para jueces, porque indica que deben fallar en contra de la parte que no ha probado los hechos alegados⁶. Para Devis Echandía, la regla general

⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 405-407.

de distribución de la carga probatoria recae sobre la parte interesada en probar un hecho, donde el actor debe probar sus pretensiones, y el demandado probar sus excepciones⁷.

Igualmente, Michele Taruffo señala que cada parte procesal debe cargar con la prueba de los hechos de sus pretensiones⁸. Añade que es posible el traslado de la carga de la prueba, donde la parte que alega está liberada de su carga probatoria y le corresponde a la contraparte probar lo contrario. Taruffo indica que esta inversión puede darse por diversas causas que abarcan: acuerdos previos entre las partes, presunciones, equilibrio de poderes, o incluso por decisión del tribunal juzgador en ciertos sistemas jurídicos⁹.

En particular sobre la carga probatoria en daños, según Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, para establecer responsabilidad civil dentro de un proceso es indispensable probar 4 presupuestos: 1) antijuridicidad, 2) daño, 3) factor de atribución, y 4) relación causal¹⁰. Pizarro y Vallespinos han manifestado que la carga de la prueba debe ser soportada por la parte que los alega, siempre y cuando la ley o la jurisprudencia no establezcan una disposición en contrario¹¹.

En otra línea, Diego M. Papayannis también ha expresado que la carga de la prueba corre por parte del accionante¹². Sin embargo, indica que en ciertos casos la carga probatoria debe ser soportada por la parte que tiene mayor acceso y facilidad para probar los presupuestos. En la responsabilidad civil médica el profesional demandado tiene mayor apertura para aportar la historia clínica y explicar los procedimientos propios de la medicina, lo que produciría una inversión de la carga de la prueba¹³.

Al contrario del pensamiento anterior, Julio César Galán Cortés ha manifestado que en responsabilidad civil médica no puede operar ningún tipo de inversión de la carga de la prueba que de lugar a una presunción, al recoger el criterio del Tribunal Supremo de España de inicios del siglo, donde se ha dicho que la actividad médica no puede operar bajo presunciones ni factores de atribución objetivos que busquen invertir la carga probatoria¹⁴. Así, quedaría sólo a cargo del accionante la prueba de los presupuestos.

⁷ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 432-435.

⁸ Michele Taruffo, *La Prueba* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2008), 147-148.

⁹ Michele Taruffo, *La Prueba*, 151-152.

¹⁰ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2017), 127.

¹¹ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 215.

¹² Diego M. Papayannis, “La culpa”, en *Manual de Derecho de Daños Extracontractuales*, ed. Diego M. Papayannis (Ciudad de México: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2022), 216-217.

¹³ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 216-217.

¹⁴ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica* (Pamplona: Thomson Reuters Arazandi S.A., 2014), 217-219.

Un criterio interesante es el de Álvaro Vidal Olivares, quien ha expresado que en responsabilidad civil médica la carga probatoria podría depender del tipo de obligación¹⁵. Se menciona que en obligaciones de medio¹⁶ la carga de la prueba podría ser soportada por el accionante, quién tiene que probar que el profesional no realizó la actividad idónea o diligente para cumplir la obligación. En cambio, si la obligación es de resultado¹⁷ sería una responsabilidad estricta, donde existiría una inversión de la carga de la prueba y el demandado deberá explicar por qué no cumplió la obligación¹⁸.

Una última corriente más moderna y radical es la de Jordi Nieva Fenoll, quien ha planteado la eliminación total del sistema de distribución de carga de la prueba. Este autor considera que la carga probatoria desde el inicio establece presunciones erróneas en contra de la parte que soporta dicha carga. Por esta razón, propone un sistema libre de práctica y valoración de la prueba, donde ambas partes participen activamente en el esclarecimiento de los hechos, lo que crearía una igualdad real entre las partes¹⁹.

El presente trabajo analiza las diferentes posturas sobre la distribución de la carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica, con el objetivo de determinar cuál es la más adecuada para el caso ecuatoriano.

3. Marco Normativo:

En el presente apartado se muestra la normativa tanto internacional como nacional que regula la carga probatoria en los procesos judiciales dentro del Ecuador, y con mayor especificidad los procesos de responsabilidad civil médica. Es preciso iniciar con la presentación de la normativa internacional ratificada por el Ecuador, donde se incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP²⁰, y la

¹⁵ Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica* (Santiago de Chile: Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, 2018), 29-30.

¹⁶ En una obligación de medio el obligado se compromete a realizar una actividad que se considera idónea para producir el resultado deseado por el acreedor, de manera esmerada y diligente. *Vid:* Luis Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000), 401-403.

¹⁷ En una obligación de resultado el deudor debe cumplir el resultado prometido al acreedor, de forma que la obligación sólo se satisface una vez obtenido el resultado, independientemente del medio o las actividades realizadas para conseguirlo. *Vid:* Luis Parraguez Ruiz, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*, 400-401.

¹⁸ Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica*, 29-30.

¹⁹ Jordi Nieva Fenoll, “La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida”, en *Contra la Carga de la Prueba* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2019), 23-52.

²⁰ Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador el 24 de enero de 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH²¹. Cada uno de estos cuerpos internacionales contienen artículos donde delimitan las garantías judiciales y la igualdad ante los tribunales.

Es importante no dejar de mencionar estos tratados internacionales, PIDCP y CADH, puesto que, si bien dichos cuerpos jurídicos no regulan de manera específica la carga probatoria, son de gran relevancia ya que resguardan los principios y garantías en los procesos judiciales, donde se incluye el derecho al debido proceso y el derecho a la presentación y contradicción de las pruebas, los cuales están directamente relacionados con la distribución de la carga probatoria.

En cuanto a la normativa nacional, cabe empezar por el derecho al debido proceso como garantía judicial básica, consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, CRE²². Este derecho, entre sus varias garantías, abarca la presentación de prueba y la contradicción de prueba de la contraparte, donde la resolución del juzgador deberá ser motivada en base a normas, principios y hechos que han sido probados.

Los principios generales y el derecho al debido proceso son desarrollados en el Código Orgánico General de Procesos, COGEP²³. El título II de este código gira en torno al tema de la prueba, donde el artículo 169²⁴ regula específicamente la carga de la prueba que deben sorportar las partes en un proceso. Igualmente, el mismo artículo regula casos específicos de inversión de la carga probatoria, los cuales son abordados en el desarrollo de este trabajo. No obstante, en materia de responsabilidad civil médica, no existe norma legal expresa que hable específicamente sobre distribución de la carga probatoria.

Para seguir con el abordaje de la carga de la prueba en responsabilidad civil médica, también es necesario indicar las normas que regulan los elementos que deben ser probados para configurar responsabilidad. El Código Civil, CC²⁵, es el cuerpo jurídico que regula el tema de responsabilidad por daños, ya sea de fuente contractual o extracontractual. También indica los presupuestos necesarios para originar responsabilidad, los cuales están dispersos en varios artículos contenidos a lo largo del Libro IV – De las Obligaciones en General y de los Contratos, que incluyen

²¹ Artículo 8, Convención Interamericana de Derechos Humanos [CADH], San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 27 de octubre de 1977.

²² Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre del 2008, reformada por última vez R.O. 377 Suplemento 3 de 25 de enero del 2021.

²³ Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo del 2015, reformado por última vez R.O. Suplemento 471 de 05 de enero del 2024.

²⁴ Artículo 169, COGEP.

²⁵ Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio del 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 517 de 13 de marzo del 2024.

implícitamente los ya mencionados: 1) antijuridicidad, 2) daño, 3) factor de atribución, y 4) relación causal; y que son abordados en los siguientes apartados.

Al hablar de prueba en responsabilidad civil médica es indispensable abordar el tema de la historia clínica de los pacientes. Esto se debe a que es una prueba fundamental para este tipo de procesos. Este asunto está previsto en el Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud²⁶, donde se regula el acceso a la historia clínica de los pacientes, junto con su respectivo procedimiento.

Por último, dentro del marco del sistema jurídico ecuatoriano también es necesario abordar los criterios judiciales que se han desarrollado sobre la carga de la prueba en responsabilidad civil médica. Si bien no ha existido un desarrollo extenso que regule este tema, se abordan 2 sentencias que pueden ser aplicadas para ayudar a responder la pregunta de investigación planteada. La primera sentencia, Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana y otros²⁷, que reafirma los cuatro presupuestos que deben ser probados. Y la segunda sentencia, Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social²⁸, cuyo contenido realiza un análisis de la carga de la prueba en casos de responsabilidad civil médica.

4. Marco Teórico:

Para responder a la pregunta: ¿Cómo determinar qué parte procesal debe soportar la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica en el Ecuador?, es preciso identificar las diferentes posturas que se podrían utilizar para resolver esta problemática. A continuación, se exponen 5 posturas representativas.

En primera instancia, existe la postura que considera exclusivamente la regla general de la carga probatoria, es decir, la parte que alega tiene la carga de probar todos los hechos pretendidos²⁹. En casos de responsabilidad civil médica, esto significa que el accionante deberá probar cada uno de los cuatro presupuestos para configurar responsabilidad, mientras que el demandado sólo tendrá la carga de probar los hechos que lo excepcionen³⁰. Por ende, esta postura no admite inversión de la carga probatoria.

²⁶ Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud, R.O. Suplemento 427, de 29 de enero del 2015, reformado por última vez 12 de febrero del 2021.

²⁷ Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana y otros, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 19 de marzo de 2003.

²⁸ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 09 de mayo de 2013.

²⁹ Michele Taruffo, *La Prueba*, 147-148.

³⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 432-435.

En una segunda postura, un poco más flexible y positivista, coincide en que la carga de probar los presupuestos de configuración de la responsabilidad debe ser soportada por el accionante, pero admite una excepción. Esta postura permite que se de una inversión de la carga probatoria, siempre y cuando la ley o la jurisprudencia impogan o prevean la posibilidad de dicha inversión³¹. En esta postura la parte accionante queda liberada de su carga probatoria y se transfiere a la parte demandada, según las disposiciones legales o precedentes jurisprudenciales.

En una posición específica para casos de responsabilidad civil médica se ha planteado que la regla general, donde el accionante sobrelleva la carga de la prueba, debe ser aplicada en obligaciones de medios. Por el contrario, se presentará una inversión de la carga probatoria cuando la obligación sea de resultados³². Distinguir y argumentar qué tipo de obligaciones médicas podrían ser de medios y cuáles de resultados es parte de otro debate que va más allá del objetivo y extensión permitida para este trabajo, pero que también representa una oportunidad posterior de análisis interesante³³.

Una cuarta postura plantea la aplicación de la carga dinámica de la prueba, basada en permitir al juez que asigne la carga probatoria con sustento al equilibrio de poderes entre las partes, donde la parte que tenga una mejor condición para acceder y probar los hechos pretendidos deberá hacerlo³⁴. Se sostiene que para casos de responsabilidad civil médica esta postura podría ser adecuada porque la parte demandada tendría mayor facilidad para presentar las pruebas de conocimiento médico a su disposición³⁵.

Por último, existe una quinta postura que propone la desaparición de la institución de la carga de la prueba, para establecer un sistema libre de práctica y valoración probatoria. En esta corriente se busca que no existan presunciones de antemano que puedan perjudicar a alguna de las partes, lo que eliminaría la carga probatoria. El objetivo es que ambas partes contribuyan activamente a la prueba, porque lo que se pretende es descubrir la verdad del hecho, independientemente de quién lo haya proporcionado³⁶.

³¹ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 215.

³² Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica*, 29-30.

³³ Ver, Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 81-115.

³⁴ Luis Felipe Giraldo Gómez, “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”, *Revista de Derecho Privado* (2021), 234. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n.41.08>.

³⁵ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 216-217.

³⁶ Jordi Nieva Fenoll, “La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida”, 23-52.

Para este trabajo se utiliza el enfoque de la cuarta postura, ya que se considera que es la más adecuada para equilibrar cualquier desbalance de poder que podría existir entre el accionante y el demandado, en los casos en los que sea necesaria su aplicación, debido a que en otras posturas se podrían crear presunciones injustificadas que ponga en desventaja a alguna de las partes.

5. Presupuestos de la Responsabilidad Civil Médica:

Antes de analizar la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica es necesario realizar una revisión rápida de los elementos que precisamente deben ser probados para configurar dicha responsabilidad. Una vez que se hayan probado dichos elementos se constituirá la responsabilidad y se originará la obligación de reparar los daños provocados³⁷. Como ya se indicó, Pizarro y Vallespinos manifiestan que existen cuatro presupuestos indispensables para configurar responsabilidad: 1) antijuridicidad³⁸, 2) daño, 3) factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo, y 4) relación causal entre el acto antijurídico y el daño provocado³⁹.

Cada elemento debe ser probado de manera autónoma para que se configure responsabilidad⁴⁰. Si bien estos son los elementos que se han establecido para cualquier caso de responsabilidad civil, no está demás destacar que aquellos también rigen para todos los procesos de responsabilidad, incluyendo la médica.

No obstante, a pesar de ser los mismos presupuestos, pueden presentar diferencias en cuanto a su carga probatoria, debido a la naturaleza propia de la actividad médica, y al peligro que pueda originarse en cuanto a la seguridad de los pacientes y a la posición particular de las víctimas del daño. Lo mismo sucede con otros regímenes de responsabilidad, tales como daños causados a trabajadores en relación de dependencia, daños producidos al ambiente, entre otros⁴¹.

En consideración a lo estipulado anteriormente, en las próximas secciones se realiza un análisis independiente de las posturas de distribución de la carga probatoria para cada uno de los cuatro presupuestos que configuran la responsabilidad civil, bajo la

³⁷ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 127.

³⁸ Se ha discutido si la antijuridicidad es un presupuesto necesario para generar responsabilidad civil. En este trabajo se toma la postura en la que sí es un elemento necesario debido a la importancia de su prueba y su carga probatoria. Ver, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 236-239.

³⁹ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 127.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica*, 3-5.

particularidad del régimen especial de la responsabilidad civil médica. Así mismo, durante el abordaje de las posturas se buscará la posición más cercana a distribuir la carga de la prueba en base al equilibrio de poderes de las partes y a la igualdad procesal.

5.1. Carga de la Prueba del Acto Antijurídico:

De manera general, la antijuridicidad en responsabilidad civil, según Pizarro y Vallespinos, se entiende como aquella conducta que nace de una acción u omisión que vulnera y va en contra del ordenamiento jurídico, ya sea formal o materialmente⁴². La antijuridicidad formal ocurre cuando se ha violentado una disposición expresa de manera explícita en la ley. Mientras que la antijuridicidad material es mucho más amplia y se refiere a cualquier acto u omisión que vaya en contra de los principios del ordenamiento jurídico como tal, incluyendo principios fundamentales, el orden público, la moral y las buenas costumbres⁴³.

En palabras de Tamayo, el comportamiento antijurídico es cualquier ilícito nacido del incumplimiento de obligaciones contractuales, cuasicontractuales o legales; así como por delitos, cuasidelitos y la vulneración del deber de prudencia en general⁴⁴. La fuente y el tipo obligacional del comportamiento antijurídico es importante, ya sea contractual o extracontractual, porque como se verá a continuación, puede influir en la dinámica de la carga probatoria.

Respecto de la carga de la prueba de la antijuridicidad, por regla general a quien le corresponde probar que el demandado ha incurrido en un acto antijurídico es al actor⁴⁵. Por ende, en el ámbito médico, será el paciente quien tendrá que demostrar que el profesional de la salud ha incurrido en un acto antijurídico que ha ido en contra de una obligación adquirida, o de una norma legal específica, o en contra del sentido del ordenamiento jurídico de manera integral.

Intuitivamente, para probar antijuridicidad, de manera previa se deberá justificar la existencia de una obligación por parte del accionante, ya que es quién pretende obtener el efecto jurídico beneficioso determinado por la obligación que desea probar⁴⁶. Sobre la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación se han identificado tres perspectivas.

⁴² Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 221-225.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Bogotá: Legis Editores S.A., 2015), 8.

⁴⁵ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 432-435.

⁴⁶ Carlos del Río Ferretti, “La Carga de la Prueba con Relación al Cumplimiento-Incumplimiento Civil como Thema Probandum en la Responsabilidad Médica y la Exceptio Non Adimpleti Contractus”, *Revista Chilena de Derecho* (2021), 155-160. doi: 10.7764/R.483.7

La primera parte de la regla general ‘quien alega prueba’, entonces es al accionante a quien le corresponde la carga de probar el incumplimiento. Probadas la obligación y el incumplimiento obligacional, si el demandado alega hechos extintivos o excluyentes como causal de exclusión de la antijuridicidad, entonces tiene la carga de probarlos⁴⁷.

Si bien en el CC del Ecuador no se incluyen de manera específica causales de exclusión de la antijuridicidad, como sí se lo hace en el Código Orgánico Integral Penal⁴⁸, en abstracto las causales de exclusión de la antijuridicidad incluyen: el estado de necesidad, la legítima defensa, cumplimiento de una orden por autoridad legítima o disposición legal⁴⁹.

En la segunda perspectiva se ha planteado que la carga de la prueba del cumplimiento o incumplimiento obligacional depende del tipo de obligación contraída. En este caso, según Tamayo Jaramillo, también existe una distribución de la carga probatoria diferente según si la obligación es una obligación de medios o si es una obligación de resultados. Como ya se vió, en el caso de que sea una obligación de medios, la prueba del incumplimiento obligacional también debe correr a cargo del actor⁵⁰. En cambio, en obligaciones de resultado, se ha planteado que con la prueba de la existencia obligacional, se crea una consecuente transferencia de la carga probatoria, y corresponde al demandado demostrar que efectivamente ha cumplido la obligación⁵¹.

La tercera posición, planteada por Río Ferretti, basa la repartición de la carga probatoria según la pretensión que se solicite en el proceso. Se plantea que si en el proceso se pide el cumplimiento de la obligación, entonces el actor debe probar la existencia de la obligación, y el demandado sus respectivas excepciones. Pero, si se solicita indemnización por daños derivados del incumplimiento obligacional, entonces el actor que pretende conseguir la indemnización debe probar tanto la existencia de la obligación como el respectivo incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la misma⁵².

⁴⁷ Carlos del Río Ferretti, “La Carga de la Prueba con Relación al Cumplimiento-Incumplimiento Civil como Thema Probandum en la Responsabilidad Médica y la Exceptio Non Adimpleti Contractus”, 155-160.

⁴⁸ Camila Arias, Laura López y David Proaño, “Las causas de justificación de la antijuricidad penal como antecedente de aplicación de los eximentes de responsabilidad civil”, *USFQ Law Review* (2022), 13-14. doi: 10.18272/ulr.v9il.2447.

⁴⁹ Diego M. Papayannis, “Causas de exoneración”, en *Manual de Derecho de Daños Extracontractuales*, ed. Diego M. Papayannis (Ciudad de México: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2022), 322-329.

⁵⁰ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 33-34.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Carlos del Río Ferretti, “La Carga de la Prueba con Relación al Cumplimiento-Incumplimiento Civil como Thema Probandum en la Responsabilidad Médica y la Exceptio Non Adimpleti Contractus”, 157-174.

Al analizar esta carga probatoria bajo la postura del equilibrio y balance de poderes entre las partes, es razonable establecer que el actor deba correr con la carga de la prueba de que el demandado ha cometido un acto u omisión antijurídica; mientras que el demandado deba correr con la carga de probar los eximientes que pudieran ser alegados. En esta ocasión, la carga de la prueba de la antijuridicidad estaría en consonancia con la postura que mantiene la regla general de ‘quien alega prueba’, debido a que se mantiene armonía entre las partes. Y al mismo tiempo, tanto el actor como el demandado tienen la mayor facilidad de acceso para probar los hechos que alegan sobre la existencia de antijuridicidad y sus eximientes de manera respectiva.

5.2. Carga de la Prueba del Daño:

El concepto de daño ha tenido una serie diversa de enfoques para su desarrollo, pero se define como una lesión o detrimento que ha afectado a un derecho subjetivo, interés legítimo o interés jurídicamente protegido; que ha lesionado un derecho patrimonial o extrapatrimonial de una persona⁵³. En una vista general, los daños patrimoniales a su vez podrían subclasificarse en daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance; mientras que el daño extrapatrimonial puede traducirse en daño moral y sus conceptos sinónimos⁵⁴.

Además, es importante señalar que, como se sabe, no todo daño es resarcible. Para que un daño sea resarcible es importante que cumpla con una serie de condiciones necesarias que deberán ser probadas para asignar responsabilidad a aquel o aquellos a quien se impute el daño. Según Martín Juárez Ferrer, entre dichas condiciones se encuentran que el daño haya lesionado un interés legítimo protegido, la producción de un perjuicio, ya sea directo o indirecto, que se caracteriza por ser cierto o certero, con efectos actuales o futuros derivados de la situación actual de manera razonable, y su subsistencia en el tiempo⁵⁵.

Una vez clarificado qué debe ser probado, se prosigue a analizar su carga probatoria dentro de un proceso. Durante la investigación de este trabajo se identificaron cuatro posturas que expresan distintas propuestas de distribución de carga probatoria para

⁵³ Ver, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 127-133

⁵⁴ *Ibid*, 133-148.

⁵⁵ Martín Juárez Ferrer, “El daño como presupuesto de la responsabilidad civil”, en *Manual de Derecho de Daños Extracontractuales*, ed. Diego M. Papayannis (Ciudad de México: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2022), 89-133.

este presupuesto. En la primera postura, y en reafirmación a la regla general, se estipula que el daño sufrido debe ser probado exclusivamente por el demandante. Se argumenta que en responsabilidad civil médica la carga probatoria de este presupuesto no podría invertirse debido a que es el accionante quién se encuentra en mejor posición de demostrar los daños que ha sufrido y que la práctica de una inversión sería improcedente⁵⁶.

En un segundo pensamiento, la carga probatoria del daño podría variar según el tipo de fuente obligacional, ya sea contractual o extracontractual, especialmente para los casos de daño moral. Si el daño proviene de un incumplimiento contractual entonces la carga de probar el daño mantiene la regla general⁵⁷. Pero si el daño proviene de fuente extracontractual por un hecho ilícito civil, delito o cuasidelito, se ha planteado que por la sola prueba del cometimiento del hecho ilícito se crea una presunción de la existencia de un daño. En este supuesto, el accionante queda liberado de su carga de probar, y por el contrario, corresponde al demandado demostrar que no existe tal daño⁵⁸.

La tercera postura, según Pizarro y Vallespinos, se basa en mantener el principio general de que el daño resarcible debe ser acreditado por el accionante, pero admiten 2 excepciones. La primera es la ya mencionada postura sobre las presunciones por ley, las cuales siempre tendrán la característica de ser *iuris tantum*, es decir que son presunciones que admiten prueba en contrario⁵⁹. La segunda excepción es cuando el daño se manifiesta de manera notoria por el hecho antijurídico cometido. Se argumenta que presumir la existencia de un daño es razonable cuando se acreditan hechos antijurídicos graves, en base a las reglas de la experiencia y la razonabilidad. Sin embargo, estas excepciones no aplican al daño moral, que por su naturaleza espiritual y subjetiva siempre debe ser probado por quién lo alega⁶⁰.

La cuarta posición, que se desarrolla más extensamente debido a que es una postura interesante según el enfoque de la igualdad procesal, está basada en un concepto importante que se ha abordado en relación al daño en responsabilidad civil médica denominado ‘daño desproporcionado’, también conocido como *faute virtuelle* en Francia, *evidenza circostanziale* en Italia o *Anscheinsbeweis* en Alemania⁶¹.

⁵⁶ Luis Felipe Giraldo Gómez, “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”, 223-256.

⁵⁷ Félix Trigo Represas y Rubén Compagnucci de Caso, *Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008), 581.

⁵⁸ Félix Trigo Represas y Rubén Compagnucci de Caso, *Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores*, 581.

⁵⁹ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 215-219.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 259-307.

Esta doctrina hace referencia a la existencia de un daño de tal magnitud que es inconcebible que no haya sido producido por un acto negligente, cuyas acciones no se han ajustado a la *lex artis*⁶², o estándar de diligencia médica, según las reglas de la ciencia, la experiencia y el sentido común. Ejemplos de daños desproporcionados que se mencionan incluyen: olvidar material quirúrgico posterior al cierre de planos en cirugía, realizar un procedimiento quirúrgico en sitio anatómico equivocado, entre otros⁶³.

Al analizar profundamente esta postura, según Bello Janeiro que recoge el criterio de la Primera Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, la existencia de un daño desproporcionado hace aplicable la regla *res ipsa loquitur*, las cosas hablan por sí mismas, donde un daño tan anormal crea una presunción de la existencia de los otros dos presupuestos de la responsabilidad civil médica: el factor de atribución y el nexo causal⁶⁴. Los efectos en la carga de la prueba sobre el factor de atribución y el nexo causal al acreditar daño desproporcionado son abordados a profundidad en sus respectivos acápite. No obstante, al momento compete hablar sobre cuáles son los requisitos de prueba del daño desproporcionado y a qué parte le corresponde esta carga probatoria.

El daño desproporcionado debe cumplir con tres requisitos: 1) La presencia de un daño anormal de gran magnitud que no es normal que ocurra sin la concurrencia de un acto negligente, 2) el control del demandado sobre la situación que provocó el daño, y 3) que la víctima del daño no haya participado ni contribuido para la producción del mismo⁶⁵. Según Bello Janeiro, el accionante debe sustentar que el daño cumple con estos tres requisitos, puesto que lógicamente es quién se va a beneficiar de los efectos probatorios de la acreditación del mismo⁶⁶.

Ahora que se han abordado las diversas posturas en cuanto a la carga de la prueba del presupuesto del daño en responsabilidad civil médica, cabe analizar qué postura es la que guarda más relación con la igualdad procesal. Al considerar que el demandado podría no entender el daño sufrido por el paciente o desconocer la magnitud del daño provocado es razonable que quién alega el daño deba probarlo. Consecuentemente, la regla general de la carga probatoria también debería primar en la prueba de este presupuesto, tal como lo han establecido la mayoría de los pensamientos doctrinarios.

⁶² *Lex artis* hace referencia al estándar de diligencia que obliga al profesional de la salud a ajustar su conducta a las prácticas aceptadas por la ciencia médica y a los cuerpos de profesionales en salud altamente calificados. Ver, Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica*, 21-26.

⁶³ Domingo Bello Janeiro, *La Responsabilidad Médica* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 56-66.

⁶⁴ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 259-307.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Domingo Bello Janeiro, *La Responsabilidad Médica*, 56-66.

5.3. Carga de la Prueba del Nexo Causal:

El nexo causal es un vínculo jurídico razonable que establece una conexión entre un hecho antecedente y otro hecho consecuente que se ha producido como resultado del primero. El nexo causal, como en el resto de presupuestos, es un elemento que se analiza para establecer responsabilidad. Se ha establecido que la prueba de la causalidad tiene dos funciones. La primera es conectar al acto antijurídico con la persona que lo cometió, para establecer autoría e identificar a la persona que debe responder por el daño. La segunda función es determinar en qué medida el acto antijurídico pudo provocar el daño alegado, para identificar la extensión con la que el autor debe reparar el daño⁶⁷.

Existen diferentes teorías que giran en torno al establecimiento del nexo causal: 1) teoría de la equivalencia de condiciones, 2) teoría de la causa próxima, 3) teoría de la condición preponderante y eficiente, 4) teoría de la imputación objetiva, y 5) teoría de la causalidad adecuada⁶⁸. Esta última teoría es la más aceptada y ampliamente utilizada, por esta razón, para el análisis de la carga probatoria de este presupuesto se hará referencia a la teoría de la causalidad adecuada.

La teoría de la causalidad adecuada estipula que no todas las condiciones alrededor de un resultado son equivalentes, y que dentro de ella existe una condición que fue la más idónea para producir el daño, en función de las reglas de la probabilidad, la experiencia y el curso ordinario de las cosas. Por lo tanto, la carga de la prueba en este presupuesto recae en demostrar que el hecho antijurídico cometido es el más apto para producir el daño alegado, según el curso razonable y ordinario de los acontecimientos⁶⁹.

Durante la investigación se identificaron cuatro posturas en relación a la distribución de la carga probatoria de este presupuesto. Se mencionarán estas posturas rápidamente, pero se realizará un énfasis más extenso sobre la posición que resguarde el equilibrio de poderes entre las partes y la igualdad procesal.

La primera postura aborda nuevamente la regla general, donde el accionante debe probar el nexo causal entre el hecho y el daño provocado, por lo que la relación de causalidad no sería susceptible de presunciones ni inversiones de la carga probatoria⁷⁰. En una segunda postura, Tamayo Jaramillo coincide con la regla general, pero admite

⁶⁷ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 341-346.

⁶⁸ *Ver*, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 348-369.

⁶⁹ *Ibid*, 357-361.

⁷⁰ *Ibid*, 383-384.

excepciones. La primera en base al ya mencionado daño desproporcionado y el *res ipsa loquitur*. Y la segunda excepción en base al incumplimiento de una obligación de resultados, donde el incumplimiento es por sí mismo la causa para producir el daño⁷¹.

La tercera postura, planteada por Josep Solé Feliu, se desarrolla de manera más profunda porque está relacionada con el enfoque de la igualdad procesal. Solé Feliu argumenta que la carga de la prueba de nexo causal se puede invertir una vez que hayan sido probados el daño y la negligencia. Para ello, es necesario que la negligencia del profesional sanitario sea considerada como un error médico grave según la ciencia, los procedimientos y los protocolos médicos. Este autor explica que no sólo basta con la prueba de la negligencia, sino que dicha negligencia debe ser de tal magnitud que sea muy poco probable que un profesional sanitario haya incurrido en dicho error⁷².

Para que exista este tipo de inversión, la jurisprudencia alemana ha exigido el cumplimiento de dos requisitos. El primero es que la conducta negligente se califique como error craso o defecto grave, ya que infringe los conocimientos básicos de la medicina. La prueba de este requisito corre a cargo del accionante. El segundo requisito es que la conducta negligente tenga el verdadero potencial de producir el daño alegado. Si la conducta negligente, a pesar de ser grave, no tiene la aptitud para producir el daño, entonces no puede operar la inversión probatoria⁷³. Esta postura intenta proteger al paciente en desventaja, al considerar el grave error cometido que pudo haberle producido un daño severo, por lo que es razonable invertir la carga probatoria bajo este sustento.

Sin embargo, en una cuarta postura, se ha argumentado que la prueba de este presupuesto debe basarse en criterios de mayor disponibilidad y facilidad probatoria. Bajo esta premisa se ha argumentado que los profesionales sanitarios y las casas de salud tienen mayor acceso y posibilidad de explicar los procedimientos médico-quirúrgicos, corroborar medidas de higiene, asepsia y antisepsia, equipo instrumental completo y en buen funcionamiento, controles postoperatorios, entre otros. Con este razonamiento se sustenta que la parte demandada es quién debe que sobrellevar la carga probatoria del nexo causal, donde debe proporcionar elementos que indiquen que el acto antijurídico no pudo haber sido causa del daño alegado por el paciente⁷⁴.

⁷¹ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1069-1163.

⁷² Josep Solé Feliu, “Mecanismos de Flexibilización de la Prueba de la Culpa y del Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria”, *Revista de Derecho Civil* (2018), 88-91.

⁷³ Josep Solé Feliu, “Mecanismos de Flexibilización de la Prueba de la Culpa y del Nexo Causal en la Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria”, 88-91.

⁷⁴ *Ibid*, 78-91.

5.4. Carga de la Prueba del Factor de Atribución:

El factor de atribución es el presupuesto de la responsabilidad que funciona como elemento valorativo que permite la imputación del daño producido por el incumplimiento obligacional o por algún hecho ilícito. La presencia del factor de atribución es indispensable puesto que permite determinar si el causante del daño debe responder o no. El factor de atribución típicamente se ha dividido en dos sistemas, los factores de atribución subjetivos y los factores de atribución objetivos⁷⁵.

Los factores de atribución subjetivos son aquellos que analizan si el acto cometido fue realizado de manera voluntaria en base a las cualidades de discernimiento, intención y libertad para realizar el acto. Los factores de atribución subjetivos son el dolo y la culpa. El dolo realizado con la intención directa de producir el daño y la culpa en relación al incumplimiento de un deber de diligencia y prudencia general, cuyo acto ha sido cometido sin la intención de provocar daño⁷⁶.

Por otra parte, los factores de atribución objetivos se describen como la atribución de responsabilidad que deriva del incumplimiento al deber jurídico de no causar daño, los cuales surgen a partir de parámetros objetivos de imputación regulados por cada sistema jurídico, y que son independientes de cualquier valoración subjetiva. Por lo tanto, estos factores nacen por el ejercicio de cualquier actividad que intrínsecamente sea riesgosa e inequitativa, y se encuentran expresamente previstos en el ordenamiento jurídico, donde se prescinde del análisis subjetivo del dolo o la culpa⁷⁷.

En el ámbito sanitario, al tomar en cuenta el juramento hipocrático y la *lex artis* que obligan a que todo acto médico resguarde la salud, hace que se utilicen los factores de atribución subjetivos, especialmente la culpa. Por lo tanto, todos los análisis de carga probatoria se han basado en la prueba de la culpa médica como factor de atribución para la creación de responsabilidad. La prueba de la culpa puede ser difícil, pero no imposible, puesto que debe lograrse mediante inferencias inductivas a partir de indicios. Si bien la prueba no exige certeza, a diferencia de la prueba del daño, se puede aislar la intención del actor según el contexto del caso y el uso del principio de racionalidad mínima⁷⁸.

⁷⁵ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 385-391.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Esteban Pereira Fredes, “La responsabilidad objetiva”, en *Manual de Derecho de Daños Extracontractuales*, ed. Diego M. Papayannis (Ciudad de México: Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2022), 237-238.

⁷⁸ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 212-216.

Según Papayannis, para probar la culpa es necesario demostrar dos circunstancias: 1) probar que el profesional sanitario omitió una precaución necesaria en su actuar, y 2) probar que dicha precaución le era exigible, ya sea por norma expresa o por razonamiento de las circunstancias. Por el contrario, para desvirtuar la culpa es necesario: 1) sustentar que dicha precaución no le era exigible al profesional, o 2) probar que la precaución fue efectivamente realizada⁷⁹.

En cuanto a la carga de la prueba, en el ámbito médico, se han identificado seis posturas. En la primera postura, no sorprende que se mencione la regla general, donde el accionante es quien debe probar sus alegaciones. La práctica médica no es una actividad que cree riesgos como tal, sino que asume e intenta tratar los riesgos creados por las propias enfermedades de los pacientes y en beneficio de los mismos, no siendo susceptible de responsabilidad objetiva que invierta la carga de la prueba⁸⁰.

El segundo pensamiento es el ya mostrado por Pizarro y Vallespinos que sustentan la regla general, a excepción de que la ley o la jurisprudencia establezcan lo contrario⁸¹. La tercera posición trae de nuevo el análisis basado en el origen y tipo de obligación. Según Tamayo Jaramillo, si la obligación nace de manera contractual o si es de medios, entonces el paciente accionante es quién debe demostrar culpa en el actuar del profesional. Si la obligación es de resultados, se produce una inversión de la carga probatoria y sería el médico quién debe demostrar que ha cumplido la obligación⁸².

Una cuarta postura, que retoma la ya analizada doctrina del daño desproporcionado, establece que en el caso de acreditarse este daño se crea una presunción de negligencia por parte del profesional, lo que produce una inversión de la carga probatoria. Basado en el principio *res ipsa loquitur*, no es concebible que el daño producido haya sucedido sino por un actuar negligente que ha vulnerado los conocimientos básicos de las ciencias médicas, por lo que se presume la culpa del profesional⁸³. Como ya se señaló, la inversión de la carga probatoria por daño desproporcionado intenta proteger a la parte ‘débil’ debido al daño intenso producido, lo que razonadamente resguarda el equilibrio de poderes y la equidad entre las partes.

La quinta postura que apoya la inversión de la carga probatoria de la culpa establece que el demandado es quien debe probar su diligencia. Según Vidal Olivares,

⁷⁹ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 216.

⁸⁰ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 117-129.

⁸¹ Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 428-432.

⁸² Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 33-34.

⁸³ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 259-264.

corresponde al profesional sanitario desvirtuar una presunta negligencia, ya que la prueba de la diligencia corre a cargo de quién ha debido emplearla, lo cual da nacimiento a una inversión de la carga probatoria. Esta postura se sustenta en que de esta manera se produce un equilibrio, ya que el profesional sanitario es quien está en mejor posibilidad de demostrar sus actos diligentes⁸⁴.

Por último, la sexta postura es la posición con mayor desarrollo con enfoque en equilibrio de poderes e igualdad procesal, sustentada en criterios de asimetría informativa y accesibilidad probatoria. Según Papayannis, en la responsabilidad civil médica existen dos desigualdades entre el paciente y el profesional sanitario en la prueba de la culpa. Estas desigualdades son: 1) asimetría de conocimientos, ya que el paciente no tiene el dominio médico para conocer si los actos del profesional fueron diligentes, y 2) asimetría en el acceso a la información, donde se parte de una presunción de que el equipo sanitario es quién domina el acceso a la historia clínica. Esta postura busca equilibrar dichas asimetrías mediante una inversión de la carga probatoria⁸⁵.

Enrique Barros Bourie también reconoce la asimetría de conocimiento y acceso a la información entre las partes, pero no está a favor de la inversión de la carga probatoria. Este autor expresa que no se trata de ir en contra de la regla general e invertir la carga de la prueba, sino que se trata de un deber de colaboración procesal de parte del profesional sanitario, consistente en la aportación de prueba y clarificación de procedimientos médicos, pero no significa la inversión de la carga probatoria. Si el demandado decide no colaborar, en ese caso sí puede crearse una presunción de negligencia⁸⁶.

Se considera acertado el pensamiento de Enrique Barros, debido a que si se pretendiera invertir la carga de la prueba de la culpa en todos los casos, entonces se estaría afectando a la parte demandada y se estaría desnaturalizando el actuar benéfico de la profesión médica⁸⁷, lo que llevaría a un incremento de la medicina defensiva. Rápidamente, según estadísticas de los servicios de urgencias hospitalarias en España, se ha identificado que para asegurar la prueba de diligencia en procesos judiciales, el 89.8% de los profesionales afirmó hacer exámenes diagnósticos que podrían no ser necesarios,

⁸⁴ Álvaro Vidal Olivares, *Responsabilidad Civil Médica*, 26-29.

⁸⁵ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 216-217.

⁸⁶ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 677.

⁸⁷ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 677.

así como el 63% afirmó alargar la estancia de los pacientes hospitalizados⁸⁸. En otro estudio realizado en Brasil, se identificó que el 75% de los profesionales ejercían medicina defensiva para asegurar diligencia en caso de un proceso judicial⁸⁹.

Como se ha visto, existe un gran número de posturas en relación a la carga de la prueba de la culpa en responsabilidad civil médica, que debaten entre mantener la regla general, o crear una presunción de culpa en contra del profesional de la salud. Se reflexiona que la carga de la prueba de este presupuesto debe ser dinámica según la parte que disponga de la mejor posibilidad probatoria y de la posesión de los medios probatorios idóneos, donde la parte que esté en mejor condición de aclarar los hechos deberá hacerlo, y en casos de responsabilidad civil médica, no se puede generalizar que siempre sea el profesional sanitario demandado⁹⁰.

6. Carga de la Prueba en Responsabilidad Civil Médica en el Ecuador:

6.1. Legislación:

Se han revisado los diversos criterios doctrinarios de distribución de la carga de la prueba para cada uno de los cuatro presupuestos esenciales de la responsabilidad civil médica. Así mismo, se ha reafirmado el debate entre mantener la regla general de la carga probatoria o aplicar una inversión de la misma, sustentado en diferentes argumentos. También se ha identificado la postura que protege en mayor medida la equidad e igualdad procesal entre el accionante y el demandado para cada presupuesto.

Ahora, en cuanto a la legislación ecuatoriana, se analiza la distribución de la carga probatoria prevista para casos de responsabilidad civil médica y se verificará la posibilidad de aplicación de la postura del equilibrio entre las partes, basada en el principio de igualdad procesal.

Al no haber un cuerpo normativo específico que regule el tema de la responsabilidad civil médica en el Ecuador, se deben aplicar las normas de la responsabilidad civil general contenidas en el CC, dentro del Libro IV – De las Obligaciones en General y de los Contratos del CC⁹¹.

Primero se aborda la responsabilidad por origen contractual. Se ha estipulado que esta fuente predomina sobre la fuente extracontractual en materia médica. Esto se

⁸⁸ Bernardo Perea-Pérez et al., “Medicina defensiva en los servicios de urgencias hospitalarias”, 1.

⁸⁹ Homaile Mascarin do Vale y María Cristina de Oliveira Santos Miyazaki, “Medicina defensiva: ¿una práctica en defensa de quién?”, 754.

⁹⁰ Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad Civil Médica*, 175-185.

⁹¹ Libro IV, CC.

debe a que en la mayoría de casos un profesional de la salud es contratado para realizar un determinado trabajo mediante una consulta o un procedimiento médico, bajo los parámetros de la *lex artis*. Si el daño ha sido producido en contexto de la obligación adquirida por el médico, ya sea por su incumplimiento o cumplimiento imperfecto, entonces se está en frente a responsabilidad contractual⁹².

Si bien la regulación de los daños y perjuicios cometidos por fuente contractual están contenidos a lo largo del Libro IV, se indican aquí ciertos artículos que presentan gran importancia al momento de configurar responsabilidad civil médica. Primero, el artículo 1505 del CC es la norma que da apertura para reclamar indemnización por daños y perjuicios a causa de incumplimiento contractual, cuyo último inciso estipula que de no cumplirse la obligación pactada “[...] podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”⁹³. Este artículo también es utilizado en responsabilidad civil médica de origen contractual.

Así mismo, el primer inciso del artículo 1572 destaca los perjuicios patrimoniales que pueden ser resarcidos: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”⁹⁴. De esta forma se especifica que el perjuicio producido por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del contrato entre el paciente y el médico se traduce en la reparación del daño, sea daño emergente o lucro cesante.

Segundo, en cuanto al daño extracontractual, este se encuentra regulado más adelante en el código, dentro del Título XXXIII – De los Delitos y Cuasidelitos⁹⁵. Aquí se observa rápidamente el artículo 2214, el cual establece que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”⁹⁶.

Y por último, sobre la reparación de daños extrapatrimoniales o daño moral, se encuentra el artículo 2232, cuyo primer inciso establece que “[...] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales [...]”⁹⁷.

⁹² José Luis Terán Tamayo, “La acción civil de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales frente a la mala práctica médica”, (Trabajo Final de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 27-29.

⁹³ Artículo 1505, CC.

⁹⁴ Artículo 1572, CC.

⁹⁵ Título XXXIII, CC.

⁹⁶ Artículo 2214, CC.

⁹⁷ Artículo 2232, CC.

Si bien se han expuesto artículos importantes que sientan las bases para la regulación de la responsabilidad civil en el Ecuador, existen muchos otros que por el objeto y extensión del trabajo no podrán ser abordados a profundidad. Cabe destacar que los artículos antes expuestos no mencionan de manera expresa la presencia de los 4 requisitos de configuración de la responsabilidad civil tratados en los apartados anteriores, sin embargo, es claro que están contenidos de manera implícita dentro de los mismos, y esto se encuentra sustentado por la sentencia Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana y otros.

Brevemente, este caso trata sobre el pedido de reparación de daños y perjuicios por parte del Dr. Wagner Viñán en contra de la Federación Médica Ecuatoriana, por haber quebrantado garantías al debido proceso durante el juzgamiento al Dr. Viñán. En esta sentencia, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia estableció los requisitos de existencia de la responsabilidad civil, particularmente de fuente extracontractual. Si bien estos presupuestos no estaban explícitamente claros en la normativa del CC, esta sentencia los reafirma al indicar que se requieren los siguientes elementos “a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad [...]”⁹⁸.

Una vez identificados los elementos de la responsabilidad civil en la normativa ecuatoriana, cabe abordar las normas relacionadas a la carga de la prueba en procesos judiciales en el Ecuador. El tema de la carga de la prueba está regulado expresamente en la legislación y se encuentra principalmente en el COGEP, en su artículo 169.

Al analizar el artículo se empieza por su primer inciso, donde claramente la norma toma la postura de la regla general como principio de la repartición de la carga probatoria, el cual estipula: “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.”⁹⁹. Por lo tanto, sería obligación del paciente como actor asumir la carga de la prueba de los cuatro presupuestos para configurar la responsabilidad civil que alega. Esta carga probatoria puede ser asumida o no, pero de no hacerlo, el actor asumirá las consecuencias desfavorables de no probar los hechos¹⁰⁰.

⁹⁸ Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana y otros, pág. 4.

⁹⁹ Artículo 169, COGEP.

¹⁰⁰ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 143-146.

No obstante, en su cuarto y quinto inciso, la norma expresamente invierte la carga de la prueba en dos casos puntuales: 1) la prueba de los ingresos del demandado en derecho de familia al solicitar alimentos, y 2) la prueba de la inexistencia del daño por parte del demandado en derecho ambiental¹⁰¹.

Además, el sexto inciso del artículo da apertura para que existan otros casos de inversión de la carga de la prueba al agregar que: “También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.”¹⁰². Pero como ya se mencionó, en responsabilidad civil médica no hay disposición o cuerpo normativo que prevea algún tipo de inversión de la carga probatoria, por lo que bajo un análisis a primera vista del área legislativa no se podría aplicar ninguna de las propuestas doctrinales para inversión de la carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica.

Sin embargo, si se realiza una revisión más profunda, existen dos artículos que podrían intervenir en la distribución de la carga probatoria. El primero es el artículo 1563 del CC, el cual en su tercer inciso indica: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.”¹⁰³. Por lo tanto, en material civil médica podría producirse una inversión de la carga probatoria ya que se argumentaría que es el profesional sanitario el llamado a probar su diligencia para desvirtuar específicamente el factor de atribución de la culpa.

Y así mismo, bajo un estudio analítico del artículo 168 del COGEP, el cual habla sobre la prueba para mejor resolver, donde el juzgador puede disponer una inversión de la carga probatoria en cualquier ámbito, incluido el médico, aunque de manera indirecta. Este artículo establece: “La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. [...]”¹⁰⁴.

Por ende, el juzgador que conozca y resuelva un caso de responsabilidad civil médica podría instar al profesional de la salud a la práctica de prueba específica que sea indispensable para resolver el caso, lo cual crearía una inversión de la carga de la prueba. El sustento por el cual el juzgador podría justificar una inversión de la carga probatoria se basaría en el enfoque utilizado para este trabajo, es decir, a partir de la postura que mantiene el equilibrio entre las partes por igualdad procesal.

¹⁰¹ Artículo 169, COGEP.

¹⁰² Artículo 169, COGEP.

¹⁰³ Artículo 1563, CC.

¹⁰⁴ Artículo 168, COGEP.

Esto se debe a que se ha planteado que en responsabilidad civil médica existe una asimetría de poderes entre paciente y profesional sanitario, en desventaja del paciente, y que se presenta en dos áreas: 1) asimetría de acceso a la prueba, en cuanto a historia clínica y procesos médicos, y 2) asimetría de información en cuanto a conocimientos técnicos de la medicina¹⁰⁵. El juez podría utilizar estos argumentos para sustentar su decisión de invertir la carga probatoria y obtener una prueba para mejor resolver.

No obstante, una inversión de la carga probatoria por este concepto sería en extremo excepcional. Primero, si se pretende invertir la carga de la prueba por asimetría de acceso a la prueba bajo el argumento de que el profesional sanitario es quien tiene mayor facilidad para acceder a la historia clínica, ya que el paciente no tiene acceso a la misma, este pensamiento estaría equivocado en el Ecuador.

En el país existe el Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud, el cual regula todo lo relacionado a documentos que contengan información sobre salud y sus respectivas garantías. El artículo 28 de este cuerpo normativo indica que: “Pueden solicitar copia certificada de las historias clínicas los/las usuarios/as, su representante legal, apoderado/a, o persona autorizada. [...]”¹⁰⁶, por lo que se destaca que los pacientes tienen la misma oportunidad de acceso a su historia.

Más aún, el artículo 30 del mismo cuerpo normativo indica que: “Una vez entregada la solicitud con los datos requeridos, la copia certificada de la historia clínica deberá entregarse en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) horas, [...]”¹⁰⁷, por lo que en dos días o menos, el paciente ya podría tener su historia clínica y aportarla al proceso. En este sentido, no se justifica producir una inversión de la carga probatoria de cualquiera de los presupuestos bajo el concepto de que el profesional sanitario tendría un mayor acceso a la prueba.

Sin embargo, si existiera el caso en el que profesional sanitario o la casa de salud no cumplieran con lo dispuesto en el reglamento, y se resistieran a entregar la historia clínica completa del paciente, entonces sí podría disponerse una inversión de la carga probatoria en base al artículo 168 del COGEP, para que el demandado aporte la historia clínica como una de las pruebas necesarias para mejor resolver el caso. Cabe destacar que este artículo se aplicaría en el caso estricto de que la prueba no haya sido posible de obtener previo al proceso, y sea necesaria durante el desarrollo de la audiencia, ya que en

¹⁰⁵ Diego M. Papayannis, “La culpa”, 216-217.

¹⁰⁶ Artículo 28, Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud.

¹⁰⁷ Artículo 30, Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud.

su última oración indica: “Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.”¹⁰⁸. De lo contrario, previo al proceso, se podría aplicar el artículo 159 del COGEP, el cual permite el auxilio del órgano judicial para acceder a la prueba en posesión de la otra parte o de terceros¹⁰⁹.

En cuanto a la asimetría de información, a pesar de que la prueba pericial es importante en estos casos, podría ser consistente que sea el profesional de la salud quien tenga que explicar los conocimientos y procedimientos propios de la ciencia médica, y sobre lo que efectivamente realizó en su acto, lo cual sí podría justificar una inversión de la carga probatoria. Por esta razón, a pesar de que ni el COGEP ni ningún otro cuerpo normativo prevean una inversión de la carga probatoria de manera explícita, con el artículo 168 se podría presentar un cambio de carga procesal a discreción del juez, sin olvidar los desafíos que esto traería según los argumentos presentados anteriormente.

Si bien existiría esta posibilidad, es impotente cerrar este apartado destacando que el artículo 168 deja muy en claro que sólo puede aplicarse esta norma de manera ‘excepcional’ y ‘dejando expresa constancia de las razones’ por las cuales se tomó la decisión. Esto quiere decir que el artículo no da oportunidad al juez para que invierta la carga probatoria de manera arbitraria, sino que siempre deje constancia razonable de sus actos, motivando su decisión de instar al aporte de prueba a cualquiera de las partes.

Por lo tanto, según la normativa ecuatoriana, la regla general de la carga probatoria seguiría siendo de aplicación principal para casos de responsabilidad civil médica, pero cuando el juez identifique asimetría significativa de poderes entre las partes, podría aplicar el artículo 168 del COGEP para resguardar el equilibrio de poderes, la equidad y la igualdad procesal.

6.2. Jurisprudencia:

No ha sido fácil conseguir sentencias que aborden el problema de la carga probatoria en responsabilidad civil médica en el Ecuador. Sin embargo, se ha encontrado un caso relevante para este trabajo: Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En este caso, el actor solicita al demandado que pague una indemnización por los daños provocados a su esposa, producto de una alegada mala práctica médica. El caso llegó hasta la Corte Nacional de Justicia a través de un recurso de casación, sustentado en

¹⁰⁸ Artículo 168, COGEP.

¹⁰⁹ Artículo 159, COGEP.

las causales de falta de aplicación de normas de derecho y falta de aplicación de preceptos relacionados a la valoración de la prueba. El actor argumentó que la sentencia de instancia inferior inadmitió la demanda debido a que no aportó ningún elemento probatorio para justificar sus alegaciones¹¹⁰.

El actor no tuvo acceso a los medios probatorios relacionados con la historia clínica y demás historial de atención de su esposa, además de que no conocía en qué consistieron los procedimientos realizados en el Hospital Carlos Andrade Marín, HCAM, lo que le impidió acceder a la prueba de los presupuestos de configuración de responsabilidad. Debido a que se trata de un recurso de casación, la Corte estableció que su labor únicamente era responder a las causales por las cuales se admitió el recurso¹¹¹.

La Corte sostuvo que la carga de la prueba del nexo causal recae inevitablemente en la parte accionante y que “[...] no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino.”¹¹². Por lo tanto, la Corte rechazó el recurso de casación.

Como se puede notar, el criterio de mayoría fue reafirmar la regla general de distribución de la carga probatoria, donde el accionante era quién debía aportar la prueba necesaria para configurar la responsabilidad, a pesar de que no tuvo acceso a la historia clínica de su esposa, ni supo la forma en la que se llevaron a cabo los procedimientos médicos, algo que podía haber aportado el HCAM. No obstante, existe un voto salvado que sí tomó en cuenta este particular de la carga probatoria, donde se expresa que “[...] casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión [...]”¹¹³, lo cual crearía una desigualdad significativa entre las partes.

Por lo tanto, se argumentó que “[r]esulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de una probatio diabólica.”¹¹⁴. Y así mismo, analiza que la doctrina ha hablado sobre la posibilidad de aplicación de la carga dinámica de la prueba, donde “[l]a moderna

¹¹⁰ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, págs. 4-5.

¹¹¹ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pág. 5.

¹¹² Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pág. 5.

¹¹³ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pág. 8.

¹¹⁴ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pág. 8.

doctrina procesal coloca la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla.”¹¹⁵.

Sin embargo, según Luis Felipe Giraldo Gómez, si se deseara introducir la idea de la carga dinámica de la prueba podría representar un detrimento para la seguridad jurídica. Este autor considera que en el caso de que un juez tuviera que establecer qué parte procesal se encuentra en desventaja desde el inicio del proceso podría afectarse el derecho a la igualdad procesal, ya que dicha decisión estaría basada en prejuicios sobre las partes e intentar compensar dichas diferencias podría comprometer su imparcialidad¹¹⁶. Por lo tanto, se destaca nuevamente que la aplicación de la carga dinámica de la prueba debe ser excepcional y estar debidamente motivada.

Por lo tanto, la distribución de la carga probatoria en los procesos judiciales en el Ecuador seguiría la aplicación de la regla general, y en casos muy excepcionales podría aplicarse una carga dinámica de la prueba fundamentada. No obstante, para la regla general también se podría aplicar el pensamiento de Barros Bourie, donde si bien no se exige una inversión de la carga probatoria, el profesional sanitario podría colaborar para clarificar cualquier concepto o procedimiento que se encuentre obscuro durante el proceso, y en el caso de no colaborar sí podría crearse una presunción de negligencia¹¹⁷.

7. Conclusiones:

El trabajo analizó las diferentes posturas propuestas por la doctrina para distribuir la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica según cada uno de los cuatro presupuestos de configuración. Este análisis permitió llegar a las siguientes conclusiones. De entre los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil médica, en el que existe una minoría de posturas y el menor nivel de debate es en el presupuesto de la prueba del acto antijurídico. La generalidad de la doctrina está de acuerdo en que sea el accionante quién deba probar la existencia de la obligación del profesional de la salud, ya sea contractual o extracontractual. Lo mismo sucede con la distribución de la carga probatoria del daño, donde también se verifica la aplicación de la regla general.

¹¹⁵ Iván Morales Parra y otros c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pág. 8.

¹¹⁶ Luis Felipe Giraldo Gómez, “El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana”, 234-239.

¹¹⁷ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 677.

El presupuesto que más origina controversia es el de la culpa como factor de atribución subjetivo, seguido del presupuesto sobre el nexo causal. Se concluye que en estos presupuestos la postura que más protege el derecho a la igualdad procesal es aquella que permite una carga dinámica de la prueba, debido a que no crea presunciones de ante mano que puedan perjudiciar a alguna de las partes. Si bien, ni la ley, ni la jurisprudencia han establecido parámetros expresos en este campo, en aplicación del artículo 168 del COGEP, de manera excepcional y cuando el caso realmente lo amerite, se puede aplicar una carga dinámica de la prueba, debidamente motivada por el juez.

El impacto de las conclusiones a las cuales llegó el trabajo es considerable puesto que se ha logrado responder la pregunta de investigación. La respuesta obtenida es que por regla general el accionante tendría que probar los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, pero en caso de identificarse una asimetría de información o de acceso a la prueba, según criterio motivado y, por ende, justificado del juez, se podría invertir la carga probatoria. Igualmente, en el caso de que el profesional de la salud no deseara cumplir con su deber de colaboración procesal, sería necesario aplicar el mecanismo de la carga dinámica de la prueba. Esto abre campo para investigaciones subsecuentes, como por ejemplo el establecimiento de pautas para aplicar el artículo 168 del COGEP en responsabilidad civil médica, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica que hace tanta falta en los últimos tiempos.

Las limitaciones de este trabajo se basan en el análisis normativo y jurisprudencial del país. Si bien existe una amplia gama de criterios doctrinarios que fueron analizados durante el trabajo, al momento de revisar la normativa vigente, no se encontraron normas específicas que regulen la carga de la prueba en esta materia, algo que sí sucede en otras ramas del derecho. Así mismo, existió gran dificultad en encontrar aportes de criterios judiciales para el análisis del trabajo, debido a la poca cantidad de sentencias que existen en este tema. No obstante, se encontró al menos un caso relevante que fue de ayuda para el análisis final del trabajo.

En cuanto a las sugerencias, se propone mantener seguimiento ante el apareamiento de posibles nuevos casos de responsabilidad civil médica e identificar los criterios utilizados por los jueces en cuanto a la distribución de la carga probatoria entre las partes. Así mismo, debido a la limitación en la búsqueda de casos judiciales sobre el tema, se sugiere seguir creando buscadores oficiales actualizados para facilitar un posterior seguimiento sobre el tema.

Finalmente, en cuanto a las recomendaciones, y en base a lo tratado a lo largo del trabajo, se propone el desarrollo de normativa que abarque el tema de carga de la prueba en responsabilidad civil médica de manera específica, así como se aborda en ciertas materias destacadas en el artículo 169 del COGEP, tales como derecho de familia y derecho ambiental. De esta manera, sería más claro tanto para las partes como para los juzgadores, que existiría la posibilidad de aplicar una carga dinámica de la prueba en ciertos casos específicos de responsabilidad civil médica, y así no dejar en indefensión o afectar a los derechos a la equidad e igualdad procesal entre el paciente y el profesional sanitario.