

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Los Desafíos Probatorios dentro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado
derivados de la ineficiencia de los servicios públicos de Salud

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República y
Licenciada en Ciencias Sociales

Autora:

María Camila González León

CI: 0105384465

Correo electrónico: camilagonzalezleon@outlook.com

Tutor:

Álvaro Javier Méndez Álvarez

CI: 0104120522

Cuenca, Ecuador

25-octubre-2022

Resumen:

La responsabilidad extracontractual del Estado en el otorgamiento de los servicios públicos resulta imperiosa, al reconocer que estos servicios efectivizan el ejercicio de derechos de los ciudadanos, sin embargo, a pesar de la importancia y la evidente obligación del Estado se identifica diferentes posturas doctrinarias y jurídicas que hacen que el derecho probatorio sea una parte fundamental para establecer la mala actuación del Estado.

Bajo esta perspectiva, surge la presente investigación que tiene como objetivo realizar un análisis jurídico que permita establecer los desafíos probatorios que implica probar la responsabilidad del Estado en la ineficiencia en la dotación de servicios de salud en el Ecuador. Para ello se realizó una investigación con un enfoque cualitativo con un alcance descriptivo del fenómeno de estudio.

Los resultados evidencian que Ecuador establece la responsabilidad extracontractual del Estado como un proceso administrativo que se rige por el Código Orgánico Administrativo, en el que se establece que, si se determina que un empleado infringió en una acción u omisión en el servicio de salud pública, por consiguiente, el Estado tiene la responsabilidad, tal como lo plantea en la Constitución, lo que implica una responsabilidad extracontractual objetiva.

Palabras claves: Responsabilidad extracontractual. Servicios públicos. Salud. Subjetiva

Abstract:

The non-contractual responsibility of the State in the granting of public services is imperative, recognizing that these services make effective the exercise of citizens' rights, however, despite the importance and the obvious obligation of the State; different doctrinal and legal positions identified. That make the evidentiary right a fundamental part to establish the bad behavior of the State.

From this perspective, the present investigation arises, which aims to carry out a legal analysis that allows establishing the evidentiary challenges involved in proving the responsibility of the State in the deficiency in the provision of health services in Ecuador. For this, an investigation carried out with a qualitative approach with a descriptive scope of the study phenomenon.

The results show that Ecuador establishes the non-contractual liability of the State as an administrative process governed by the Organic Administrative Code, which establishes that, if it is determined that an employee violated an action or omission in the public health service. Therefore, the State has the responsibility, as stated in the Constitution, which implies a objective non-contractual responsibility.

Keywords: Non-contractual liability. Public services. Health. Subjective

Índice

Resumen	2
Abstract:	3
Índice	4
Dedicatoria	9
Agradecimiento	10
Introducción.....	11
Capítulo 1	13
1.1. Responsabilidad extracontractual del Estado, noción y evolución de la responsabilidad estatal	13
1.1.1. Teorías relativas a la responsabilidad del Estado	16
1.1.2. Principios jurídicos intrínsecos en la responsabilidad extracontractual del Estado 18	
1.2. Servicios públicos	21
1.2.1. Criterios Jurídicos sobre la gestión de los servicios públicos	22
1.2.2. Características de la prestación de los servicios públicos	24

1.2.3. Conceptualización del servicio público de salud.....	27
Capítulo 2	32
2.1. Derecho Probatorio: Teorías de la prueba	32
2.2. Criterios doctrinarios-jurídicos sobre el derecho probatorio	34
Capítulo 3	47
3.1. Desafíos probatorios. - Análisis casos Ecuador contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Juicio Nro. 0133-2013 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca, recurso de casación signado con el Nro. 17741-2015-1464 y sentencia de juicio Nro. 0276-2010 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la segunda sala de Quito.	47
3.2. Derecho comparado. - Responsabilidad extracontractual: Ecuador, Chile, Argentina y Colombia.....	51
3.3. Discusión de resultados de la investigación	58
Conclusiones.....	61
Recomendaciones.....	64
Bibliografía.....	66

Índice de figuras

Figura 1 Características de la prueba	32
--	----

Figura 2 Sistemas de valoración de pruebas judiciales	35
Figura 3 Etapas de la fase probatoria de un proceso judicial	36
Figura 4 Deberes y derechos asociados a la salud.....	41
Figura 5 Tipo de sanciones a los servidores públicos en Ecuador	43

Índice de tablas

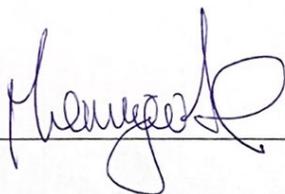
Tabla 1 Derecho comparado de la responsabilidad extracontractual del Estado.....	51
---	----

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el **Repositorio Institucional**

María Camila González León en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Los desafíos probatorios dentro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado derivados de la ineficiencia de los servicios públicos de salud”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 25 de octubre del 2022



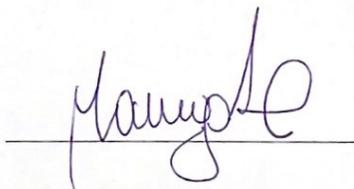
María Camila González León

C.I: 0105384465

Cláusula de Propiedad Intelectual

María Camila González León autora del trabajo de titulación “Los desafíos probatorios dentro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado derivados de la ineficiencia de los servicios públicos de salud”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 25 de octubre del 2022



María Camila González León

C.I: 0105384465

Dedicatoria

A mis padres María y Santiago, por su apoyo incondicional en toda etapa de mi vida, por su ejemplo de lucha y perseverancia.

A mis hermanos, Juanes, Mechas, Poli y Santiaguito, por ser el pilar fundamental de mi vida, mi apoyo y mi fuerza.

A mi sobrina Isabella, por llegar al mundo a darme la fuerza y alegría que necesitaba para cumplir todos mis objetivos.

A mi abuela, por ser mi segunda madre, por haber estado a mi lado siempre cuidándome y guiándome a convertirme en un buen ser humano.

A Juan Sebastián, por el amor y paciencia con que me ha acompañado todos estos años, por su comprensión y por ser mi equipo no solo académicamente sino en la vida.

Agradecimiento

A Dios, que nunca me abandona...

*A los amigos que la universidad me dejó y que sin ellos este largo camino no
tuviera sentido, gracias Roxy, Juanjo, Michelita, Cris, Anto, Dani y Jessy.*

*Agradezco a mi tutor, Dr. Álvaro Méndez, por todo el conocimiento impartido en
este trabajo de titulación y por ser uno de los mejores profesores con los que tuve la
oportunidad de compartir en mi vida universitaria.*

*A la Universidad de Cuenca, por acogerme todos estos años y por formarme no
solo como profesional sino como persona.*

GRACIAS

Introducción

La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador a lo largo de la historia fue vinculada a la responsabilidad civil de las personas que han ejercido un cargo público, a cargo de la administración central, evolucionando de tal manera que ya en la Constitución Política del Ecuador de 1979, se ordenaba que el Estado y sus entes del sector público se vean obligados a indemnizar los daños ocasionados por la deficiente prestación de los servicios públicos a manos de los funcionarios encargados de prestarlos, y que incluso la Constitución de la República del Ecuador de 2008 sigue contemplando lo mismo con la diferencia de que esta última abarca otras aristas de la responsabilidad del Estado como son el error judicial, la detención arbitraria, la violación al derecho a la tutela judicial efectiva, la inadecuada administración de justicia y el retardo injustificado; contempla de igual manera el derecho a repetir por parte del Estado en contra del funcionario cuyas acciones y omisiones generaron un perjuicio en un tercero.

El presente trabajo tiene como objetivo determinar los desafíos probatorios al momento de determinar la responsabilidad del Estado frente a la prestación del servicio público de salud, tomando en cuenta lo que determina el Art 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador al referirse que se garantizará sin discriminación el goce de todos los derechos especificados en la misma constitución y en los instrumentos internacionales, en particular el derecho a la salud.

Para la consecución de los objetivos de esta investigación, se realiza el estudio bajo un enfoque cualitativo con un diseño descriptivo que nos permita caracterizar la problemática

de forma objetiva; además se ha empleado como métodos investigativos el lógico inductivo, dogmático jurídico y la modalidad bibliográfica documental, mediante el análisis del derecho comparado, y la revisión de casos en los que se ha determinado la responsabilidad del Estado.

Capítulo 1

1.1. Responsabilidad extracontractual del Estado, noción y evolución de la responsabilidad estatal

Es importante para definir la responsabilidad extracontractual del Estado comenzar por entender que desde la aparición de las sociedades humanas y su asociación surge la necesidad de satisfacer necesidades a través del canje de objetos o servicios, con lo que se constituye la sociedad como entidad corporativa en la que cada persona cumple un rol determinado. Por ello, con la finalidad de que esta actividad sea justa, el Estado debe regular la convivencia y la satisfacción adecuada de las necesidades (Platón, 1968).

Asimismo, los romanos resumieron los principios jurídicos que guían el comportamiento de los individuos en tres axiomas, vivir honestamente, dar a cada quien lo suyo y no dañar al otro, es importante señalar este último, pues constituye la regla más importante para la convivencia en comunidad; como consecuencia de ello se desprende que en derecho se establece la obligación jurídica de un individuo cuando daña a otro de responder ante esta falta (Lopez, 2016)

Entonces, cuando un individuo ocasiona un daño a otro, tiene la obligación de responder por el mismo, ahora, es imperioso preguntarse, ¿Qué pasa cuando el Estado es quien provoca el daño?, para De Laubadère (1984), la teoría de responsabilidad del Estado es de corta data, pues a lo largo de la historia los preceptos de la responsabilidad civil se aplicaron a los funcionarios públicos y no al ente abstracto que es el Estado.

En consecuencia, el Estado ha pasado por varias etapas; considerándose en un principio que no era responsable de los daños que causaba hasta llegar a la determinación de si el organismo era o no responsable directo de los daños que causó o ya sea que se provocó mediante funcionarios o agentes y con esto la aparición de la regulación normativa que determine la responsabilidad del Estado (Rojas, 1998).

Ahora bien, una vez determinado que el Estado si tiene responsabilidad es importante recalcar lo que menciona Machado y Guerrero (2017), en cuanto a que para el derecho y la jurisprudencia la responsabilidad que tiene el Estado esta conceptualizada como la responsabilidad económica por las acciones u omisiones en la prestación de los servicios públicos, que provoca la vulneración de los derechos de los ciudadanos; esta responsabilidad se considera que puede ser subjetiva cuando el agente público lo provoca u objetiva cuando se refiere a la responsabilidad del Estado frente al daño causado al ciudadano, sin perjuicio del servidor que lo ocasione. La responsabilidad estatal tiene el carácter de indemnizatoria y si el Estado comprueba que la violación de los derechos fue originada por los servidores públicos, con negligencia o dolo dentro de las funciones, tendrá derecho de repetición en contra del funcionario siempre y cuando exista una sentencia previa.

Entonces, para determinar la actuación del Estado es importante referirnos a lo que señala Moreno (2016), al decir que en las diferentes tareas asignadas al Estado, existen objetivos y fines orientados a satisfacer de manera mediata o inmediata necesidades y requerimientos de la sociedad, por ejemplo en el área administrativa, el ordenamiento jurídico del Ecuador está presente en todas las funciones del Estado, pero de forma principal en el Ejecutivo, como son: vías públicas, salud, educación, energía eléctrica, agua potable;

para lo que necesitan de servidores públicos, adquisición de bienes, ejecución de obras. Sin embargo, existen también actividades que no son de carácter administrativo, pero si son parte del servicio público, como son las actividades judiciales y legislativas que son tareas mediatas.

A decir de lo anterior, si como resultado de la prestación de los servicios encaminados a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos tal y como lo señala la Constitución del Ecuador y por medio de las actuaciones u omisiones de las personas que a cualquier título prestan un servicio público surte el daño a los ciudadanos, se genera la obligación del Estado de responder, sin embargo para determinar esta obligación es necesario la concurrencia de los siguientes elementos, a) el hecho, que a decir de Ochoa (2011) es la acción material u omisión del Estado, acontecimientos que ocurren en el mundo y las consecuencias de los mismos; estos pueden ser jurídicos, lo que conlleva eventos regulados por la estructura jurídica, o sin relevancia jurídica a los cuales el derecho no los regula, b) culpa, Pastrana (2018) define a la misma como la manifestación de la responsabilidad a través de la subjetividad con base al dolo o culpa, que debe probarse con la relación de causalidad caso contrario sería solamente una presunción, existen dos clasificaciones de la culpa: la objetiva que es la que transgrede el marco jurídico mientras que la subjetiva se refiere a la presunta culpabilidad del creador del perjuicio, c) daño, Reyes (2011) lo ha definido como el perjuicio generado resultado de un determinado evento que experimenta un individuo en los bienes corporales, espirituales o patrimoniales; y finalmente d) nexo causal, que es la vinculación que se produce entre el daño y el servicio que brinda el Estado; de esta manera a criterio de

Pastrana (2018) es necesario siempre identificar la existencia de la acción u omisión, sin importar si es culposa o no, y a la cual se le pueda imputar el resultado.

1.1.1. Teorías relativas a la responsabilidad del Estado

Existen varias teorías sobre la responsabilidad del Estado de las cuales resulta necesario su análisis para entender el camino que ha transitado a nivel general, por lo que las teorías que se mencionan a continuación no hacen referencia a un país específico, sino a un recorrido histórico atendiendo el criterio de responsabilidad del Estado.

1.1.1.1. Irresponsabilidad del Estado

En razón de que las actividades estatales se ejecutan por medio de funcionarios que eran indispensables ser nombrados, se entendía la no responsabilidad del Estado, al mismo tiempo, los funcionarios constituían o eran el Estado, pero a su vez este no era responsable de los actos de las autoridades, y en esas circunstancias estaría fuera de las atribuciones estatales. Esta teoría considera al Estado como única fuente de derecho y no concibe que incurra en hechos ilícitos (Díaz, 2019).

1.1.1.2. Responsabilidad absoluta del Estado

Para Díaz (2019) esta teoría tiene fundamento en el daño resultante de una potestad entregada por el Estado a los agentes para el cumplimiento de las obligaciones, en virtud de lo cual, es responsable por las precauciones que debe tener al seleccionarlo, y en caso de no cumplir con los requisitos igual es culpable por no expedir la normativa necesaria o prever en las leyes la existencia de agentes que actúen en nombre del Estado.

1.1.1.3. Teoría ecléctica

Esta teoría establece la irresponsabilidad del Estado, pero concede al perjudicado acciones contra el funcionario causante del daño, con fundamento en que el agente es un mandatario del Estado y todo el daño causado conlleva la extralimitación del mandato, por lo que los resultados de ello serán asumidos por el causante del daño y no por el Estado. También, asume que el Estado es una entidad abstracta, que puede solo proceder a través de personas naturales, las cuales deben aceptar la responsabilidad de sus actos, que son individuos vivos concretos y no ideales (Díaz, 2019).

1.1.1.4. Teoría de la responsabilidad Objetiva o sin Falta

El Consejo de Estado francés aplicaba el precepto de falla o falta del servicio, para resolver aquellos trámites contenciosos sobre la responsabilidad estatal; pero las dificultades probatorias para determinar la falla del servicio, la idea de riesgo creado por la cercanía de un servicio público y el concepto de lesión anormal, llevaron a abandonar en algunos casos los postulados de falla del servicio y establecer la responsabilidad estatal de tipo objetivo, para lo cual no hay necesidad de acreditar la falta del servicio, aparece así la teoría de la responsabilidad estatal sin falta, denominada también como responsabilidad objetiva (Jiménez, 2013).

De acuerdo con Penagos (1997), esta teoría posee las siguientes características

- a) Se basa en el Principio de Igualdad de las Cargas públicas, el Estado debe asumir los costos y cargas que la prestación de servicios provoca de manera equilibrada; cuando

tal actividad es muy onerosa, se produce un daño antijurídico debido a que el afectado no tiene la razón para soportarlo.

- b) Aplica los conceptos de Lesión Injusta o Daño Antijurídico, reconoce el derecho a ser indemnizado por toda lesión injusta, pues lo importante es la situación de la víctima, los derechos y la condición de igualdad. No es necesario establecer la culpabilidad o la negligencia de la actividad administrativa, basta con probar la existencia del daño y la relación de causalidad.
- c) Se aplica en las obligaciones de resultado, el Estado es guardián en el ejercicio de actividades peligrosas desarrolladas por la administración. Se consideran dentro de las actividades de riesgo los siguientes eventos: conducción de automotores y naves, manejo de armas de fuego, conducción de electricidad, la población reclusa los conscriptos y los enfermos mentales.
- d) Esta teoría también se la conoce como régimen de la culpabilidad objetiva, en la que se invierte la carga de la prueba de la administración, la cual debe probar la causa extraña como eximente de responsabilidad.

1.1.2. Principios jurídicos intrínsecos en la responsabilidad extracontractual del Estado

Para Dromi (2001), el entendimiento sistemático del derecho administrativo cumple varias funciones de reorganización teórica y eficacia práctica, tanto del acceso al conocimiento jurídico como de sus contenidos ontológicos y axiológicos, por lo que resulta necesario el entendimiento y análisis de los principios jurídicos en los que toma su origen el

tema que nos concierne en cuanto a la responsabilidad estatal, en consecuencia, se detallan los mismos:

1.1.2.1. Igualdad de los ciudadanos ante la ley

El primer artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Asamblea Nacional Francesa (1789), señala que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. Aspecto que constituye el logro más notable del liberalismo, puesto que a partir de ello el marco jurídico no realiza distinciones entre los hombres. La Constitución de la República del Ecuador emitido por la Asamblea Nacional (2008), en el artículo 66 numeral 4 también reconoce y garantiza este derecho de las personas en el sentido de igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

1.1.2.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas

El principio de la responsabilidad extracontractual del Estado no está definido en la licitud de sus actos o hechos, sino en las actuaciones de la actividad estatal.

El ejercicio de la autoridad conferida al Estado y sus instituciones, generan desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que conlleva el sacrificio individual intolerable, por lo que debe reparar los daños provocados y a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) cuando asigna la responsabilidad del Estado, no establece la actuación ilícita o lícita de los funcionarios o empleados públicos, en las circunstancias de que cause daño a los administrados.

1.1.2.3. Sacrificio especial al administrado

La fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado constituye este sacrificio, pero solo en aquellos casos en los que, de forma individual se obligue al administrado con mayores exigencias que para cualquier individuo de la comunidad; en consecuencia, es el Estado quien exigirá a sus miembros diferentes obligaciones que van desde el establecimiento de impuestos, tasas, contribuciones, etc. Sin embargo, desde que el Estado impone la mayor carga, se origina el sacrificio especial para el administrado, que conlleva al establecimiento de la responsabilidad. Por lo que, la doctrina define que en el caso de las contribuciones deben ser equitativas y proporcionadas. En caso de existir un sacrificio especial por la actuación de cualquier entidad estatal, debe repararse el desequilibrio (Ochoa, 2011).

1.1.2.4. Observancia de los Derechos Humanos

Otra fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado es la noción de los Derechos Humanos, que se fundamenta en el valor ético del accionar del Estado. Hoy en día el ciudadano posee garantías de las que antes carecía, y que se mantienen vigentes fuera de cualquier interés político. Por lo que el Estado tiene la obligación de respetar, hacer respetar y promover los Derechos Humanos (Ochoa, 2011).

1.1.2.5. Garantía del derecho de propiedad

Según Dromi (2001) la garantía del derecho de propiedad es uno de los principios de responsabilidad estatal, dado que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser

indemnizado; por lo que, si el Estado recurre a razones de interés público o social, lesiona este derecho y debe indemnizar al despojado.

1.2. Servicios públicos

Para definir los servicios públicos se debe mencionar que los mismos son toda aquella actividad que realiza la administración por sí misma, o por medio de sus delegatarios o concesionarios para la satisfacción de necesidades e intereses de carácter general. Garrido (1994) por su parte define al servicio público como aquel servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante la organización de medios personales y materiales, el titular es la Administración Pública con régimen jurídico especial.

Es importante a efectos de la finalidad de este trabajo describir al servicio público, en consecuencia, por su naturaleza puede ser propio e impropio, y bajo criterio de Dromi (2001), el primero se refiere a aquel servicio que es prestado mediante una organización que se encuentra bajo la rectoría del Estado o de alguna de sus instituciones; en el Ecuador dichas instituciones señaladas se encuentran enumeradas en el Art 225 de la Constitución de la República del Ecuador. Y el segundo es decir el servicio público impropio Dromi (2001), también señala que el mismo es aquel que el Estado presta, pero a través de empresas privadas o de personas particulares, bajo normativas generales que establece la legislación.

Ahora, la legislación ecuatoriana de manera particular la Ley Orgánica de Servicio Público (2010), ha determinado que aquellas personas que desempeñan un cargo dentro de una institución pública son servidores públicos, pero como ya se mencionó en líneas anteriores también los particulares o empresas de derecho privado que al ejercer sus

funciones lo hagan mediante concesiones o delegaciones estatales, eventualmente son susceptibles de incurrir en actos u omisiones que generen daños, y posteriormente acarrear responsabilidad extracontractual.

1.2.1. Criterios Jurídicos sobre la gestión de los servicios públicos

Existen un sinnúmero de criterios jurídicos respecto del concepto de los servicios públicos, sin embargo, para el tema que nos concierne analizaremos los mismos partiendo de la diferencia entre el prestador del servicio público y la necesidad, para lo cual se definirá la concepción orgánica y funcional de los servicios públicos (Saltos, 2007).

A) Concepción orgánica:

Ochoa (2011) define a los servicios públicos como los beneficios que el Estado o el sector público brinda a la comunidad con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas, el servicio público se determina en relación al órgano del cual deriva, sea el Estado o los concesionarios.

Esta concepción define al servicio público entorno a la persona que está encargada de prestar el mismo, sin embargo, a lo largo de la historia esta corriente ha evolucionado en gran medida, pues en un principio se consideraba que solo los órganos del Estado tenían la capacidad de satisfacer necesidades colectivas, es decir de prestar servicios públicos, y actualmente se acepta que no solo los órganos estatales prestan servicios públicos sino particulares incluso personas e instituciones de derecho privado (Alvarez, 2007) *“cuando en esta materia se habla de criterio orgánico se entiende referir al que solo considera servicio*

público la actividad satisfecha por la Administración Pública directamente por si o indirectamente por medio de concesionarios” (Marienhoff, 1981, p. 20).

B) Concepción funcional:

Esta concepción es conocida también como sustancial o material y define al servicio público tomando en cuenta su naturaleza y la característica de la necesidad, por tanto para esta concepción la finalidad es la prestación del servicio tanto en el evento que lo preste o satisfaga la administración pública, directa o indirectamente (Alvarez, 2007).

Ambas corrientes mencionadas nos llevan a advertir la existencia de servicios públicos propios e impropios, como se mencionó ya en párrafos anteriores los primeros directamente prestados por el Estado y los segundos aquellos que únicamente están bajo la regulación del mismo (Alvarez, 2007).

También, autores como García (1994) señalan que el servicio público de no haber sido recogido sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos dentro del derecho público, de hecho, se ha dicho que existe una infinidad de conceptos y autores que lo han definido; empero, este mismo autor propone una de las definiciones más detalladas y completas del servicio público, misma que se cita de manera textual a continuación:

Actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tienen por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva; mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y

asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas. (Marienhoff, 1981, p. 20).

Finalmente, es imperativo el análisis de algunos rasgos que refieren ya a la gestión de los servicios públicos y que resulta necesaria su comprensión.

1. Los servicios públicos deben funcionar bajo criterio técnico gerencial, teniendo en cuenta la coordinación, planificación, dirección, control y evaluación (Saltos, 2007).
2. Deben funcionar permanentemente para garantizar la satisfacción de las necesidades e intereses generales (Saltos, 2007).
3. El interés de la colectividad siempre va a prevalecer al interés del prestador del servicio, no pueden perseguir fines de lucro (Saltos, 2007).
4. Puede ser prestado por particulares bajo vigilancia y fiscalización del Estado (Saltos, 2007).

1.2.2. Características de la prestación de los servicios públicos

Tras el análisis de la conceptualización de los servicios públicos, es necesario tener en cuenta las características que son inherentes a su naturaleza y que construyen la noción conceptual que se detalló en el párrafo anterior, a decir de estos caracteres a los que nos referimos los mismos integran lo que se conoce como el “*status jurídico*” de los servicios públicos, de esta noción se deduce que todo aquello que atente a tal sistema o status se considera antijurídico (Saltos, 2007)

De hecho, varios tratadistas han identificado que las características de los servicios públicos son esenciales a estos, Marienhoff (1981) manifiesta que de nada serviría tener en cuenta la existencia de características inherentes al servicio público si estas no tuvieran el carácter de la “obligatoriedad” de su cumplimiento y que se detallan a continuación:

1.2.2.1. Continuidad

Para Aróstegui (2012) la causa que justifica y legitima la existencia de un servicio público es la necesidad colectiva, la cual debe satisfacerse con continuidad. Las necesidades públicas deben ser atendidas de manera ininterrumpida, por lo que la Administración Pública debe precautelar este principio.

1.2.2.2. Regularidad

Para Fernández (2010) esta característica es accesoria a la continuidad, está relacionada con el ritmo y el equilibrio con el cual se presta el servicio, y el Estado es el encargado de establecer marcos regulatorios.

1.2.2.3. Uniformidad

Esta característica se produce bajo el criterio de igualdad, es decir que el servicio público se prestará sin condicionamientos, sin discriminación y sin privilegios (Ochoa, 2011). En el Ecuador se hace alusión de manera expresa a las características del servicio público en la Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 66 “*El derecho a acceder a bienes y servicios públicos o privados de calidad, con eficiencia, eficacia*”.

1.2.2.4. Generalidad

Se define como el acceso al servicio por parte del conglomerado social; por ello dicho servicio público parte de la existencia de la necesidades de la comunidad. (Gavilanes y Martínez, 2019).

1.2.2.5. Obligatoriedad

A partir del derecho subjetivo que es la necesidad de satisfacer la exigencia colectiva; por lo que tal exigencia se fundamenta en la obligación estatal de proteger tal interés público y atenderlo de forma oportuna. El régimen jurídico carecería de sentido si no se asegura la prestación efectiva, así como la satisfacción de las necesidades colectivas (Gavilanes y Martínez, 2019).

1.2.2.6. Calidad

La Administración pública para prestar servicios eficientes a la sociedad, obedeciendo a los estándares básicos, sin los cuales sería imposible una adecuada satisfacción de las necesidades colectivas (Tonato, 2017).

1.2.2.7. Eficiencia

De acuerdo con Calvo et al. (2018) la eficiencia en los servicios públicos comprende el manejo de los recursos estatales y sociales de forma adecuada para cubrir las necesidades de la población, con ello es importante el uso mínimo de los recursos, pero garantizar el logro de objetivos.

1.2.2.8. Responsabilidad

Es el principio mediante el cual la Administración Pública se encuentra obligada a entregar el adecuado servicio para cubrir las necesidades colectivas; así como cumplir la normativa para evitar la transgresión de derechos (Saltos, 2007)

1.2.2.9. Accesibilidad y universalidad

Son principios asociados, la accesibilidad es la posibilidad que tiene la sociedad para obtener el servicio y la forma como son satisfechas las necesidades y la universalidad es el principio de acceso al servicio público sin diferenciación de edad, sexo, etnia, entre otros (Saltos, 2007).

1.2.3. Conceptualización del servicio público de salud

El derecho a la salud se establece en las diferentes constituciones que ha tenido el Ecuador, mismo que es fundamental e inherente al individuo, es universal, esencial, irrenunciable, y garantizado por el marco jurídico. El Estado debe garantizar a los administrados el disfrute y acceso a la prestación de un servicio de salud digno, integral y eficiente (Matera, 2008).

Así mismo, la Organización Mundial de la Salud ha reconocido que la salud no es más que un estado completo de bienestar tanto físico como mental y social. La salud implica entonces el cumplimiento de actividades de prevención, promoción y protección. De manera similar la Corte constitucional colombiana ha conceptualizado al derecho a la salud como la posibilidad de los seres humanos de mantener una normalidad orgánica funcional, coligiendo que ahí nace la obligación del Estado de conservación y restablecimiento de perturbaciones

que puedan presentarse en dicho estado de normalidad orgánico-funcional de los seres humanos.

1.2.3.1. El derecho de los ciudadanos a concurrir al servicio público de Salud.

Todos los ciudadanos tienen la potestad de acudir tanto al servicio público de salud, así como al servicio de salud prestado por un ente privado, con la garantía de que ambos son prestados bajo los estándares básicos que prevé el sistema de salud, que a su vez cumple con los fundamentos y principios esenciales de su naturaleza.

En el Ecuador la Ley Orgánica de Salud señala que la autoridad sanitaria a nivel nacional será el Ministerio de Salud Pública, mismo que actuará con funciones de rectoría y vigilancia, con potestad de establecer órganos que regulen la prestación del servicio de salud tanto pública como privada.

Es importante tomar en cuenta el pronunciamiento de la Corte constitucional colombiana, que al respecto ha mencionado que los ciudadanos tienen la libertad de concurrir a los servicios de salud públicos y privados conforme su capacidad económica, sin embargo, recalca también que a pesar de aquello el Estado debe ser el ente regulador de la libertad económica en materia de salud, con regulación, control y vigilancia al sector privado.

1.2.3.2. La responsabilidad extracontractual del Estado en relación a la ineficiencia en la prestación de los servicios públicos de salud

El paradigma del Consejo de Estado colombiano en conjunto con el derecho administrativo moderno han conceptualizado el criterio de daño a la Salud, como una

afección ya sea esta de carácter biológico o fisiológico que los administrados llegasen a sentirse afectados y estos se derivan a su vez de la ineficiencia, omisión o mora del Estado en la prestación de los servicio, a partir de lo dicho aparece el paradigma de la responsabilidad extracontractual, y así proporcionar una respuesta de reparación integral a las víctimas (Guerra y Pabon, 2020).

Para Aldana (2018) la responsabilidad extracontractual del Estado requiere el estudio de un tipo de daño especial, como lo es el de la salud, en consecuencia, el entendimiento de la existencia de un daño jurídico, extra patrimonial, en donde se lesiona un bien jurídico como es la salud que el administrado no tiene la obligación jurídica de soportarlo y que bajo la aparente protección objetivista debiera ser reparado.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el sistema de salud funciona siempre bajo un mecanismo que garantice su adecuada prestación, para comprender dicho mecanismo es importante citar lo que ha afirmado Parra (2003):

El primer paso, lo constituye la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios de salud. Este aspecto se relaciona con la dotación e infraestructura necesaria para darle un soporte concreto a la materialización del derecho a la salud, Ahora bien, no es suficiente que exista una red de hospitales, personal de salud y medicamentos suficientemente amplia. El siguiente paso consiste en la accesibilidad a los servicios que se pretenden disponibles. Con todo, los establecimientos, bienes y servicios a los que es posible acceder, deben también ser aceptados por los beneficiarios, en ejercicio de su autonomía, y, si es del caso, como desarrollo de condiciones especiales en

cuanto al género, ciclo de vida, situación de discapacidad y/o diversidad cultural. Finalmente, aun cuando se disponga de una infraestructura adecuada y el acceso al mismo alcance la mayor cobertura, no se logra mayor cosa si los servicios que se prestan no están sujetos a estándares básicos de calidad. (p. 37)

De lo dicho en el párrafo anterior se colige entonces, que el Estado al privilegiar uno de estos elementos no considera a la salud como un sistema integral y que como resultado acarreará responsabilidad estatal y la obligación indemnizatoria (Parra, 2003):

Asimismo, para definir la “ineficiencia” en la prestación del servicio de salud, resulta necesario partir de la definición de dicha palabra a la que la Real Academia de la Lengua Española ha señalado como: la falta de eficiencia, entendiendo la eficiencia como una de las características fundamentales de la prestación de cualquier servicio público, y que para el tema que nos concierne respecto del derecho a la salud es importante entender esto a partir de las obligaciones de la Administración pública frente a los administrados, y que se detallan a continuación:

1. **La obligación de adecuar el marco legal:** Los Estados deberán adecuar su marco legal a disposiciones internacionales de salud (Parra, 2003).
2. **La obligación de publicitar y producir información:** Constituye una herramienta muy importante el derecho a la información, para efectivizar el control ciudadano de políticas públicas económicas y sociales, contribuye también a la vigilancia por parte del Estado de la efectividad y obstáculos para satisfacer el derecho a la salud (Parra, 2003).

3. **La obligación de proveer recursos judiciales y otros efectivos:** En caso de vulneraciones, el Estado deberá hacer aptos recursos judiciales y otros que hagan efectivo el derecho de los administrados a reclamar frente a un derecho violentado en el ámbito de la salud (Parra, 2003).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho que los Estados tienen la obligación mínima de satisfacer los niveles más esenciales del derecho a la salud, es decir los siguientes:

- a) El acceso sin discriminación a centros, bienes y servicios de salud, principalmente de grupos vulnerables o marginados.
- b) Acceso a una alimentación esencial mínima, nutritiva y adecuada.
- c) Acceso a un hogar en condiciones sanitarias básicas con suministro de agua potable.
- d) Acceso a medicamentos esenciales, según los criterios de la OMS.
- e) Distribución equitativa de bienes, servicios e instalaciones de salud.
- f) Aplicar planes de acción nacionales de salud.

El incumplimiento, omisión o inobservancia de las obligaciones del Estado frente a los administrados respecto de la prestación del servicio de salud acarrea la responsabilidad del mismo.

Capítulo 2

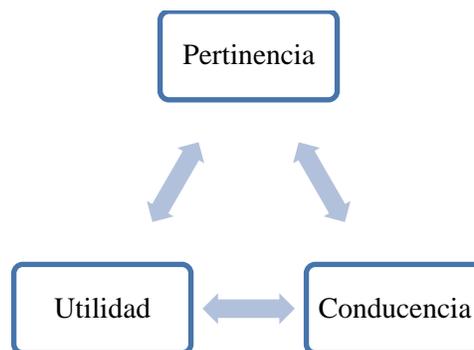
2.1. Derecho Probatorio: Teorías de la prueba

Es importante partir de la importancia del proceso judicial en el cual se reconoce a la prueba como todo aspecto que permita demostrar la verdad sobre un hecho controvertido entre dos o más partes, quienes a través de los profesionales del derecho emiten sus versiones respecto del tema controvertido, y estos tienen la potestad de sustentar y alegar los hechos respaldados por la -prueba-, y a partir de ello el juzgador tiene la potestad de decisión.

Ahora bien a criterio de León et al. (2019) las pruebas son la parte medular dentro de un proceso, sin embargo, él refiere que para que dichas pruebas sean admitidas debe cumplir con los siguientes criterios:

Figura 1

Características de la prueba



Nota. Adaptado de León et al. (2019)

En cuanto al primer criterio la prueba debe ser pertinente es decir debe ser presentada en el proceso adjudicándose a los hechos que tienen importancia en el juicio, la conducencia

a su vez refiere a la relación que existe entre la prueba y el medio probatorio utilizado, por ello según Durán (2016) la conducencia refiere que la prueba no este prohibida dentro de la ley y que sea autorizada en la misma normativa; y por último la utilidad no es más que el momento en que la prueba sirve al juez como elemento que aporta a su convicción. Con lo dicho la conducencia o pertinencia no serían suficientes, sin el criterio de utilidad.

Resulta imperioso referirse también a lo que Vivares (2015) menciona, respecto de estos criterios de la prueba, pues resultan necesarios para establecer el nexo entre el hecho principal y el probatorio, donde el segundo permite o no la existencia del primero, de cumplirse esto la prueba si resulta relevante; sin embargo, hay que tener en cuenta que también existen restricciones a la libertad probatoria en razón de precautelar los derechos de las partes procesales.

De esta manera, se establece a la prueba como un derecho para las partes procesales, con ello no se puede negar el ejercicio del mismo. A criterio de Franciskovic (2019) el derecho a la prueba contiene otros derechos que implica:

- Derecho a ofertar medios probatorios
- Derecho a admitir o negar la prueba con una decisión motivada
- Derecho al debido proceso en el análisis de medios probatorios
- Derecho a una valoración justa

Cabe mencionar que lo expuesto corresponde a la teoría del derecho probatorio que implica una forma para estandarizar los aspectos que se tenga como características mínimas

desde la doctrina jurídica. Sin embargo, de acuerdo con Ruiz (2016) el derecho probatorio se fundamenta en la teoría de la verdad, que implica en el ámbito del derecho, aludir como verdaderos hechos pasados que se relatan. En este sentido, la teoría de la verdad cobra relevancia en el derecho probatorio, dado que en un proceso judicial se toma en consideración las pruebas como medios para reconstruir hechos pasados que a su vez pretenden llegar a la verdad.

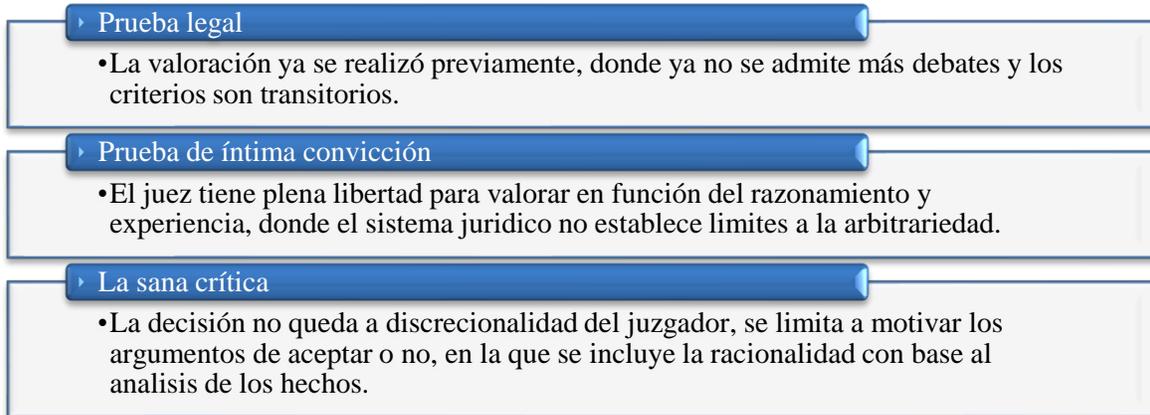
2.2. Criterios doctrinarios-jurídicos sobre el derecho probatorio

Coligiendo de lo ya mencionado respecto de las teorías del derecho probatorio es importante hacer referencia a algunos criterios que tanto doctrinarios como juristas han establecido para conceptualizar y dar sentido al derecho probatorio, de esta manera se debe mencionar que la labor de la administración de la justicia depende en gran medida de la adecuada valoración de la prueba, al respecto, Ramírez y Meroi (2020) han manifestado que en cualquier proceso judicial el juez es el encargado de evaluar las pruebas de los hechos que presentan las partes procesales, en consideración de que no es suficiente que se exprese una pretensión, si no cuenta con los medios suficientes que prueben el hecho, con ello se adjudicará a la regla general de que el accionante/accionado que no cuente con las pruebas suficientes, perderá el proceso.

Con ello en el marco jurídico de los Estados se establecen diferentes sistemas para valorar a las pruebas, en las que se establecen formas hasta cierto punto adecuadas como mecanismos para justificar la aplicación, a todo ello, Roca (2022) refiere tres sistemas para valorar la prueba:

Figura 2

Sistemas de valoración de pruebas judiciales



Nota. Adaptado de Roca (2022)

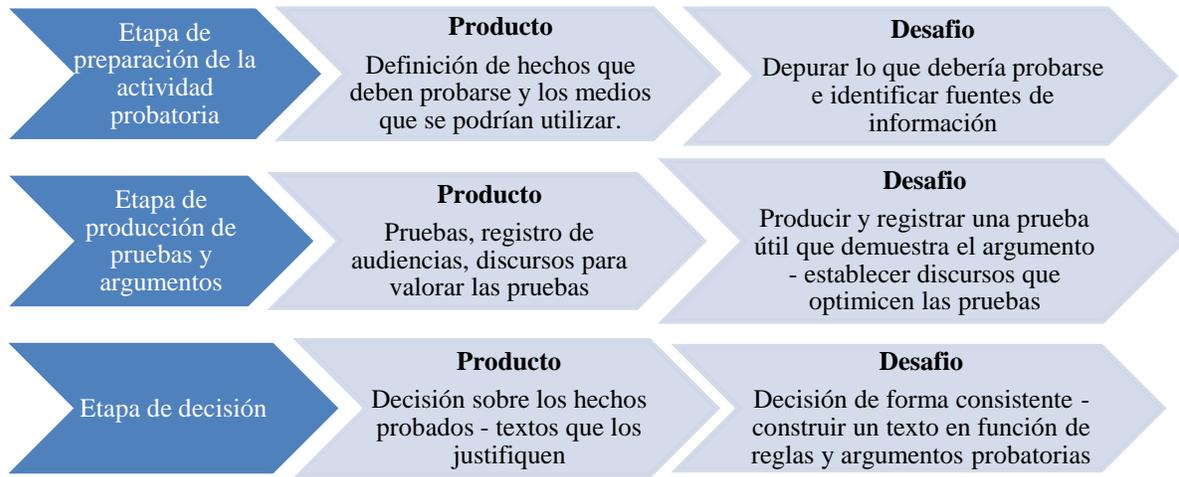
En la figura 2 se muestran los posibles sistemas en los que se puede enmarcar el derecho probatorio, en el primer caso se establece el sistema denominado “prueba legal” en la que el jurista encargado de la decisión final solo tiene que terminar el proceso, donde no tiene la potestad de emitir criterios, solo se limita a aceptar la valoración que el juez de probatoria realizó. Por otra parte, en el sistema “prueba de íntima convicción” en la que no se aceptan límites para la discrecionalidad del juzgador, dado que no se identifica en el sistema jurídico aspectos que aborden un proceso en observancia de los derechos fundamentales. Por último, la “prueba libre” se apega a las características de un Estado de derecho, en el que se busca que la decisión sobre las pruebas se fundamenta en la normativa y en el criterio del juzgador, siempre que la decisión se motive en la jurisdicción.

De lo dicho en el párrafo anterior y coligiendo el mismo Coloma (2017) refiere a que a más de la valoración de la prueba existen etapas de las que la prueba se encuentra asistida

mismas que implican la producción de pruebas y argumentos y la decisión en la que se incluye la motivación de esta.

Figura 3

Etapas de la fase probatoria de un proceso judicial



Nota. Adaptado de Coloma (2017)

En la figura se puede observar que la primera fase de la parte probatoria en un proceso judicial versa en identificar los hechos sobre los cuales se tendrían que presentar pruebas y los medios que se utilizaran para ello, de ahí que el desafío implica en la depuración de los datos que necesitan ser probados y las fuentes de información a las que se tendrá acceso. Por consiguiente, la segunda etapa implica la producción de las pruebas y argumentos sobre el hecho definido, en este paso se muestran las pruebas, se realiza un registro de las audiencias y se plantea el discurso con el que se presentarán las pruebas, siendo el principal desafío el registro de la prueba y el establecimiento de discursos que incrementen la efectividad. Por

último, en la etapa de decisión el reto se presenta al establecerla de forma consistente, en consideración de la normativa y los argumentos probatorios.

2.3. El Derecho Probatorio en relación a la ineficiente prestación del servicio de salud

Para establecer la relación que existe entre el derecho probatorio y el servicio de salud es importante partir de determinar que a nivel mundial todas las organizaciones de manera indistinta de la actividad que realizan, deben encaminar los objetivos a maximizar las ganancias y reducir los costos, en tal sentido, se atienden las necesidades del mercado y del cliente; en el sector salud esta no es una excepción, según Cuadrado (2015) los retos del sector salud para el siglo XXI se caracterizan en siete pilares fundamentales: la seguridad del paciente, medicina basada en la evidencia científica, la integración de servicios, ser medible, eficiente, pro activa , centrada en el paciente los cuales están encaminadas a lograr la calidad total.

De ahí que Tobar (2013) define a la salud como el conjunto de procesos mediante los cuales se concreta la provisión de prestación y cuidado de salud de las personas, grupo familiar o colectivo. Al respecto, los modelos de provisión de servicios de salud vigentes se basan en servicios curativos, transforman la concepción a otros de cuidado de la salud, orientados desde la promoción de salud y de hábitos protectores, a la prevención de enfermedades, mediante un diagnóstico y tratamiento oportuno siempre velando por la continuidad del proceso de atención. En el Ecuador el reto asumido por el Ministerio de Salud Pública en la prestación de servicios de salud es el cuidado continuo integral que privilegie la demanda y la atención a las necesidades de salud de la población, con la implantación del

Modelo Atención Integral en Salud (MAIS) buscando el mejoramiento del sector, no solo en el ámbito presupuestario sino en una reestructuración interinstitucional sanitaria (Ministerio de Salud Pública, 2012)

Ahora bien, como ya se hizo referencia en párrafos anteriores es necesario entender al derecho probatorio como una garantía del debido proceso y que además debe cumplir con los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia. En este sentido, en la investigación, se alega que en la ineficiente prestación en los servicios de salud en el Ecuador se debe establecer responsabilidad al Estado, en consideración de que representa un servicio público, dicha obligación parte de la responsabilidad extracontractual, que defiende el hecho de que no exista un contrato de por medio se sobreentiende como necesario para ejercer derechos. No obstante, surge una complicación que versa que a pesar de que la normativa es clara, dicha responsabilidad implica un desafío ser probada dentro de un proceso judicial.

A respecto de lo anterior, Valdivia (2019) refiere que la ineficiencia en los sistemas de salud se toma desde una noción de falta de servicio que implica la responsabilidad institucional de los organismos públicos por la inacción en el servicio cuando este resulta inapropiado o no se atiende pudiendo hacerlo, a pesar de la importancia no se contempla en los cuerpos jurídicos, en tal caso se responsabiliza a las instituciones públicas y pocas veces se extiende al Estado.

De lo dicho se colige que ante la vulneración de un derecho en la prestación del servicio público de salud esta responsabilidad se la imputa a la institución que brindó el servicio y no contra el Estado, y en el caso en que se declare la existencia de un daño, de

forma directa se establece la responsabilidad del Estado, en la que se tiene en consideración la responsabilidad extracontractual. A criterio de Agüero (2020) en los casos de falta de servicio se distinguen ambigüedades en los sistemas jurídicos, por un lado, se establece que el daño causado no implica dolo del Estado, por otra parte, se refiere sobre la imputación del daño, sin la necesidad de individualizar los sujetos o instituciones públicas que actuaron con negligencia.

En este sentido, se evidencia que en los dos casos es necesario que se establezca la existencia de un daño, posterior el proceso legal definirá si el Estado actuó en función del conocimiento y la voluntad, así como la responsabilidad directa del Estado, sin considerar a los representantes de este, que se configura por los empleados encargados de brindar el servicio público.

Ahora, no es menos cierto que en caso de la salud según Santoro (2017) es una responsabilidad del Estado, a razón de que es un tema de atención colectivo que hace que el Estado tenga la potestad para establecer políticas que contribuyan a garantizar la igualdad de condiciones, incluso proporcionar mecanismos para prevenir o solucionar cualquier afectación de salud.

Resulta necesario recordar lo que se definió en el primer capítulo de la investigación al mencionar que Pastrana (2018) refiere que para determinar la responsabilidad extracontractual es importante que se determine un nexo causal entre el rol de actuación que tiene la administración pública con el hecho que se alega como daño derivado de un comportamiento antijurídico. Con ello, se identifican dos posturas frente a la determinación

de la responsabilidad extracontractual, dado que por un lado se establece que si se trata de un servicio público y se determina que existe un daño, por defecto se responsabiliza al Estado; mientras que a diferencia de este supuesto, Pastrana (2018) establece la importancia de alegar sobre el nexo causal en la que se incluya el rol del Estado que no se cumplió, como consecuencia se genera la vulneración de derechos.

Entonces, al ser la salud un servicio público, según Valdivia (2019) cualquier aspecto que implique la actuación negligente de los empleados como vulneración de derechos se adjudica a la forma jurídica conocida como “falta de servicio”, es decir, que cualquier acción que perjudique a la población o en su defecto la inacción en el ámbito de la salud se analiza desde una perspectiva jurídica como una falta de servicio.

2.3.1. Análisis normativo del Ecuador respecto del derecho a la salud y el derecho probatorio

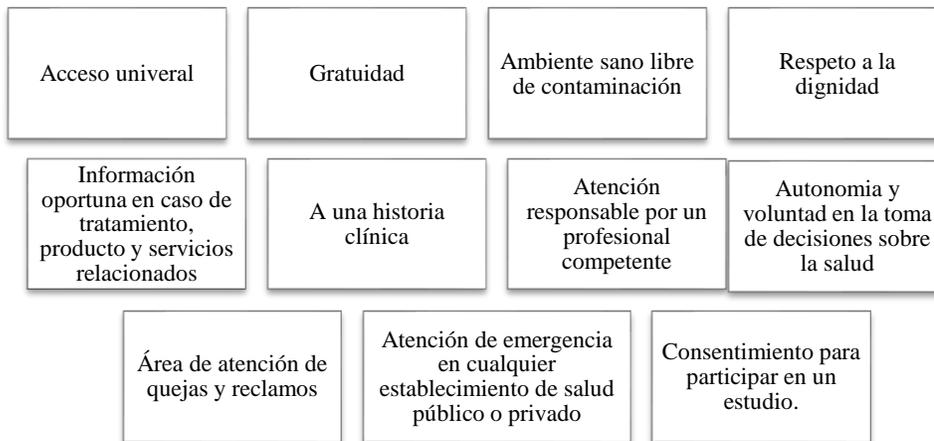
El derecho a la salud tiene como propósito garantizar, respetar y proteger la salud y con ello brindar bienestar a los ciudadanos, por tal razón se considera como fundamental en los preceptos a nivel internacional. Ecuador no es ajeno a esta realidad, siendo que en la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el Art. 32 establece que el Estado es el encargado de efectivizar este derecho mediante la promoción de diferentes políticas enfocadas a la promoción de la salud, en consideración de que el ejercicio de este derecho en el Ecuador se asocia al buen vivir y por tanto se vincula a otros derechos como el acceso a líquido vital, a alimentación, educación, trabajo, seguridad social y ambiente adecuado.

Con ello se establece al Estado como único responsable de reconocer el derecho a la salud de los ciudadanos, tal como lo menciona el Art. 361 de la Constitución (2008), al referir que se configura como una autoridad sanitaria que tiene como principal función establecer políticas, normar y regular actividades que se vinculen con la salud y velar por el buen funcionamiento del sector público y privado de salud.

Por su parte la Ley Orgánica de Salud (2015) establece en el Art. 4 que en representación del Estado actuará el Ministerio de Salud Pública para garantizar el derecho a la salud, para ello refiere sus deberes y derechos en el Art. 7 que se deben considerar:

Figura 4

Deberes y derechos asociados a la salud



Nota. Adaptado de Ley Orgánica de Salud (2015)

Entonces, en cuanto a los deberes y derechos asociados al derecho a la salud se identifica el acceso universal, con ello se establece el hecho de evitar cualquier acto que implique discriminación a un ciudadano y se vea limitado la atención a la salud. A lo mencionado también se suma que en el caso de emergencia el ciudadano puede acceder al

servicio de salud en instituciones públicas o privadas. Un aspecto que garantiza el acceso universal a la atención de salud gratuita, de tal manera que la parte económica no sería una razón para negar el servicio de salud a un ciudadano.

Un aspecto que llama la atención dentro del derecho a la salud, es el derecho a un ambiente sano y libre de contaminación, es decir, que el Estado debe orientar acciones para mitigar el efecto de la contaminación, así como establecer políticas para promover la protección y sostenibilidad del planeta en condiciones óptimas de salud a la población.

Ahora bien, al referir sobre el respeto a la dignidad en el derecho a la salud desde una perspectiva jurídica implica utilizar mecanismos legales para respetar las cualidades que se confieren al ser humano, donde en la medida de lo posible se debe evitar cualquier acción que implique la humillación o degradación de un individuo.

Coligiendo de lo anterior, una vez que ya se brinde atención a un paciente se establece que el derecho a la salud implica que el médico informe de forma oportuna en el caso de tratamiento o cualquier servicio que se adjudique al diagnóstico, donde el paciente tiene la potestad de decidir sobre su salud, en razón de su autonomía y voluntad en la toma de decisiones.

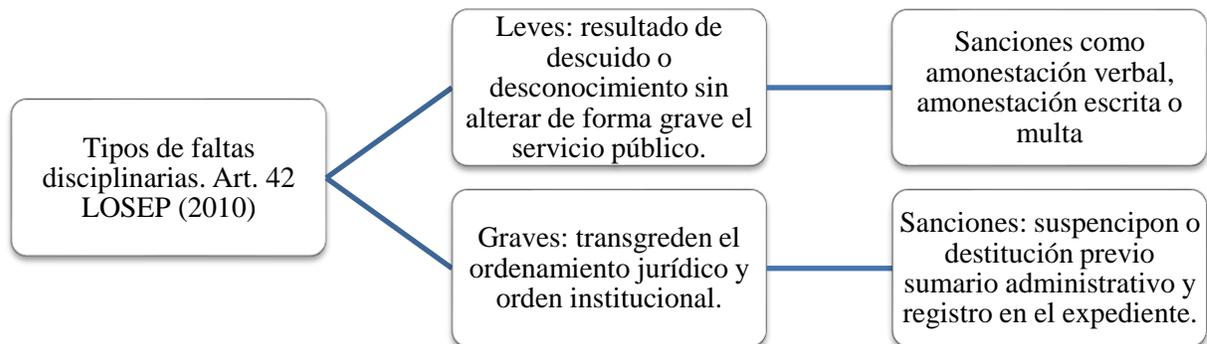
En consideración a la prestación de servicios de salud por parte de personal del sector público, en caso de omisión de los protocolos de atención, en la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP) (2010) en el Art. 41, se ha referido que todo servidor público es sujeto de responsabilidad administrativa, fuera de la responsabilidad civil o penal que su actuación u omisión pueda acarrear; dicha figura legal se aplica cuando las prestaciones de

servicios en caso de incumplir con las disposiciones emitidas en el marco legal que en primera instancia señala una sanción disciplinaria. Al mismo tiempo, se establece que las sanciones se aplicarán en función de las garantías jurídicas como el derecho a la defensa y el debido proceso.

En este escenario, el funcionario de las casas asistenciales de salud que incurriere en desatención el marco de condiciones amparado en el derecho a la asistencia sanitaria, podría verse afectado con una sanción disciplinaria, pues representa el desacato de atribuciones designadas en base a que en el Art. 42 de la LOSEP (2010) se plantea la siguiente clasificación de faltas, descritas en la siguiente imagen:

Figura 5

Tipo de sanciones a los servidores públicos en Ecuador



Nota. Adaptado de LOSEP (2010)

Conforme la información detallada en la figura precedente, en la normativa que rige sobre los funcionarios públicos se plantean dos espacios de incumplimiento, en primera instancia aquellas faltas leves producto del desconocimiento que no genere mayores complicaciones en el servicio público, en este caso las amonestaciones serán verbales o escritas y de ser el caso se establece un valor por concepto de multa. Por otra parte, las faltas graves implican un tema de análisis profundo a causa del irrespeto de normativa que sin duda altera la prestación de servicios públicos, razón por la cual la sanción implica ya sea suspensión o destitución mediante sumario administrativo.

Entonces al vincular los profesionales de salud, quienes por medio de las actividades profesionales no brinden asistencia en igualdad de condiciones conforme lo establece la constitución vigente o alteren el orden de la institucionalidad de la red de salud pública, tendría que ser separados del sector público, no obstante, el sumario administrativo se mantiene preceptos con el derecho a la defensa y la aplicación del principio más favorable para el funcionario.

Tal como se describe en la ley, el incumplimiento grave en la prestación de servicios motiva una sanción administrativa, donde el Estado tiene la obligación de aplicar medidas legales sobre los funcionarios que intervienen en la atención de salud. En este caso, en el Art. 44 de la LOSEP considera que, en caso de identificarse responsabilidades administrativas, se ejecutarán sanciones administrativas sin perjuicio de las civiles o penales que también se pueda acarrear, con el traspaso de competencia a los organismos correspondientes. En este orden de ideas no se concibe una normativa que plantee responsabilidad de manera directa en el cometimiento de faltas por parte de los funcionarios públicos en Ecuador.

En busca del cumplimiento de los derechos individuales y colectivos, en el Código Orgánico General de Procesos COGEP (2015) donde se regulan las actividades procesales en el Art. 60 se menciona que en caso de ejecutarse procesos en contra del Estado o personal del sector público las citaciones se realizarán en las dependencias próximas. En este orden de ideas, en el Art. 299 se considera la competencia en procesos administrativos como respuesta a las competencias de las entidades del sector público que incumplan con los preceptos constitucionales, mientras que en el Art. 314 refiere que una vez ejecutoriada la sentencia se ordenará al Estado el cumplimiento de la misma.

Ahora bien, según el COGEP plantea la aplicación del debido proceso incluso en el caso de conflicto entre Estado-mandantes; donde necesariamente se debe adjuntar pruebas que serán objeto de valoración judicial. Sin embargo, no existen lineamientos jurídicos que vinculen la responsabilidad del Estado en el ámbito de la salud. Ante ello, las nociones del derecho probatorio dentro del tema que nos compete se encuentran bastante limitadas, pues se centran en el funcionario de la salud, y de la institución que brinda el servicio.

Tanto la LOSEP y COGEP mantienen preceptos jurídicos que apuntalan a la determinación de responsabilidades legales de servidores públicos, por ello en el Código Orgánico Administrativo (COA) (2017) en el Art. 15 enfatiza en el principio de responsabilidad del Estado, pues debe responder ante los daños ocasionados por las acciones u omisiones de los servidores públicos, inclusive se señala que no hay servidor público exento de responsabilidad. Así en el Art. 42 se plantea la responsabilidad extracontractual del Estado.

En virtud de lo señalado, la salud como prestación pública puede llegar a ser motivo de sanción legal a los funcionarios según los parámetros establecidos en la normativa, así como también sujeta a determinación de responsabilidad del Estado que en la práctica resulta complejo, pues, en el COA (2017) en su Art. 195 establece las cargas probatorias corresponderán a hechos controvertidos con la intervención, es decir conflictos entre dos partes que implica la carga de prueba en función de intereses.

En consecuencia, ejecutar el derecho probatorio expresado en diligencias que prueben los hechos en el sector público, en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado se plantean limitaciones al no disponer de normativa que establezcan criterios sobre el valor probatorio en la administración pública. Frente a lo descrito se observan dos tipos de procesos, por un lado, proceso administrativo para los funcionarios y por otra parte se plantea un proceso para identificar la responsabilidad extracontractual.

En consideración a los servicios de salud en Ecuador, una de las acciones inmediatas podría ser la sanción temporal o cese de funciones del funcionario que incumpla con las atribuciones establecidas en el marco legal. No obstante, para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, se establece que este debe responder ante los daños ocasionados tornándose en un proceso complejo, debido a que no se plantean preceptos amplios sobre la administración pública, así como en la prestación de servicios.

Capítulo 3

3.1. Desafíos probatorios. - Análisis casos Ecuador contra el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Juicio Nro. 0133-2013 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca, recurso de casación signado con el Nro. 17741-2015-1464 y sentencia de juicio Nro. 0276-2010 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la segunda sala de Quito.

En el siguiente apartado se realiza el análisis de dos casos en los que se alega inadecuada prestación del servicio de salud pública, donde los accionantes involucrados acusan no solo a los médicos tratantes, que en los dos casos implican al anestesiólogo, también refieren sobre la responsabilidad del Estado, al ser un centro de salud perteneciente al Estado destinado para los afiliados a la seguridad social en el Ecuador.

En cuanto al primer caso implica a un joven de 21 años que recurrió a realizarse una operación para mejorar la situación de una sinusitis crónica, no obstante, antes de realizar la intervención, al suministrar anestesia, el paciente no recibe el oxígeno suficiente y queda en estado vegetativo sin señales neurológicas presentes; producido por un mal monitoreo en la administración de anestesia lo que devino en la disminución del aporte de oxígeno y la reducción del flujo sanguíneo cerebral al encéfalo .

Su madre presenta su demanda ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.3 de la ciudad de Cuenca, alegando el perfecto estado de salud de su hijo antes de ingresar a la casa de salud y solicitando una reparación económica que le permita sobrellevar los gastos que se generaron a raíz del estado en que quedó su hijo.

Como respuesta el médico y la institución refieren sobre el peligro que implica realizar cualquier intervención y la califican como una situación adversa inevitable a razón de que no se pudo detectar bajo ninguna circunstancia la situación inesperada del paciente. En el testimonio de los médicos refieren sobre las pruebas realizadas antes y después de la intervención, así como el monitoreo constante. En cambio, el perito médico refiere que no existen registros sobre tales acciones, lo que representa una prueba fehaciente para los jueces que establezcan la mala actuación del funcionario anesthesiólogo.

En la sentencia se declaró parcialmente con lugar la demanda y se dispuso que por haberse generado por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social una inadecuada prestación del servicio público de salud, se le indemnice, como reparación integral incluyendo en esta el daño moral, en los siguientes términos: el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social asumirá todos los gastos del paciente que se encuentra en estado vegetativo, y en razón de esto, como evidentemente no puede seguir laborando y con ello dar sustento a su hijo, también se le reconocerá un salario básico unificado hasta que cumpla la mayoría de edad y a la madre del paciente quien no puede seguir laborando por los cuidados permanentes que requiere su hijo, el IESS le indemnizara con el equivalente a una canasta básica.

Por tanto, claramente uno de los puntos clave dentro del proceso que motivó la sentencia anteriormente descrita fue el informe pericial en el que se desestimó la respuesta que emitió el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando se refirió a que las complicaciones que llevaron al estado vegetativo del paciente son propias de ese tipo de intervención, aclarando que el eximente de la debida diligencia por parte del Estado no podría ser aplicada al caso.

El otro caso implica a una mujer embarazada que al encontrarse en trabajo de parto se dirige al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para ser atendida, donde no recibe una prestación adecuada, no obstante, el causante del deceso es el anestesiólogo, quien no siguió el protocolo adecuado, esto se pudo evidenciar en la poca información que se contaba en los documentos del hospital, a pesar de que es parte de sus funciones del servidor de la salud que cuando realizan una intervención se tenga un informe que justifique cada acción, así como una nota de evaluación por parte del médico anestesiólogo que justifique el accionar emergente, la paciente salió de cirugía en estado vegetativo, y posteriormente falleció a causa de una infección intrahospitalaria mientras se encontraba en este estado.

El cónyuge sobreviviente presenta su demanda por sus propios derechos y en representación de sus tres hijos menores de edad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Quito, alegando que su esposa se encontraba en perfecto estado de salud y que acudió a la institución para dar a luz, que al momento que entro al quirófano se encontraba bien, con dolencias normales del propio estado en el que encontraba, pero que al salir estuvo en estado vegetativo y tiempo después falleció; como reparación se pretendía la económica tanto para el actor como para sus hijos.

El juez fallo sin lugar a la pretensión del actor motivando su decisión en que la atención que recibió la paciente se desprendió de un acto legal, que el actor no logró demostrar que el daño ocasionado fue motivado por una prestación deficiente del servicio público de salud y que el informe pericial de auditoria medica interna del Instituto Ecuatoriano de Seguridad social arrojó que lo sucedido no era mas que una complicación propia del tipo de cirugía.

Entonces en este caso resulta evidente que el juez ha cometido un error en la interpretación de las normas ya que ha motivado la no existencia de responsabilidad del Estado en base a una concausa infección nosocomial (infección intrahospitalaria), negando que existe nexo causal entre la conducta y el daño producido; dicha infección no puede alegarse como una concausa y menos como eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor.

En este caso no solo es vital valorar el resultado dañoso de la muerte que ha sido producto de una infección devenida sino del daño fisiológico, referido al estado vegetativo, producido de manera directa por la mala administración de anestesia por parte del funcionario encargado, además que la infección mencionada se causa a partir de una omisión por parte de la institución ya que es la encargada de mantener los protocolos de salubridad efectivos para garantizar un servicio de calidad, por lo tanto al ser una institución del Estado el daño debe ser reparado.

Por otro lado, resulta increíble que las pruebas que fueron valoradas por el tribunal, sea la práctica de un informe pericial realizados por peritos del mismo Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mismos que certificaron que es una complicación propia de la cirugía. Por lo que se debería que dichas pruebas deben ser ordenadas por el tribunal a peritos de una institución diferente

3.2.Derecho comparado. - Responsabilidad extracontractual: Ecuador, Chile, Argentina y Colombia.

En el siguiente apartado se presente una tabla resumen de la normativa referente al derecho comparado

Tabla 1

Derecho comparado de la responsabilidad extracontractual del Estado

Colombia	
Art. 89	La ley establecerá procedimientos necesarios para proteger los derechos individuales o colectivos tras la acción u omisión de autoridades públicas
Constitución Art. 90	El Estado tiene responsabilidad frente a los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas. En el caso de probar la responsabilidad del Estado y de un agente representante, la reparación patrimonial será la misma.
Art. 91	En caso de daño moral o material contra una persona no se exime de culpa al representante del Estado que cometió el daño. Con excepción de los militares, donde se juzgará al superior.
Chile	
Ley 18575 Art. 4	El Estado será responsable de los daños que ocasionen los órganos de la administración, sin perjuicio de las responsabilidades que tenga el funcionario.

		Los reclamos que se presenten alegando la omisión ilegal de la municipalidad, tendrá en consideración: Cualquier persona puede
Ley 18695	Art. 122	reclamar sobre omisiones, para ello tiene un plazo de 30 días, puede hacer por vía administrativa posterior por la vía ordinaria en la que se declarará un valor de indemnización.
		Las municipalidades enfrentarán la responsabilidad por los daños que
	Art. 123	causen, en especial por la falta de servicio. Donde tendrán derecho a acusar al funcionario.
		La Administración del Estado encargados del servicio de salud serán
	Art. 38	responsables por el daño ocasionado por falta de servicio. El funcionario será juzgado en el juicio.
Ley 19966		La administración del servicio de salud tiene 10 días para realizar la
	Art. 39	investigación administrativa contra del funcionario.
		La víctima tiene 4 años contados desde el día de los hechos para establecer
	Art. 40	la responsabilidad de los entes representantes.

Ecuador

		El Estado y toda persona que trabaja en el ámbito
Constitución	Art. 11 numeral	público tiene la responsabilidad de reparar los derechos
	9	vulnerada en la prestación de servicios públicos. El

Estado en función del derecho a la repetición podrá demandar a los funcionarios que cometieron el daño.

Art. 15

El Estado tendrá la responsabilidad de responder por daños por la deficiencia o falta de servicios públicos, por acción u omisión de funcionarios. El Estado efectivizará la responsabilidad del servidor.

Art. 42

El Código Orgánico Administrativo se aplica en la responsabilidad extracontractual del Estado.

**Código Orgánico
Administrativo**

Ar. 330

Todas las instituciones públicas menos la función judicial, tendrán responsabilidad extracontractual por acciones u omisiones. El Estado ejercerá el derecho a repetición.

Art. 331

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual son:

*Deficiencia en un servicio público

*Daño calificado

*Nexo causal entre daño y acción u omisión

Art. 332 Responsabilidad por falta o deficiencia de un servicio público: es responsabilidad del Estado cuando él lo otorgue directamente, también cuando una institución por delegación, donde la responsabilidad es subsidiariamente del Estado.

Art. 333 El Estado responde por el daño, además ejercerá la acción de repetición contra quienes generaron daño por dolo o culpa.

Art. 334 El daño calificado se configura cuando una persona no tiene la obligación de aceptar una vulneración del principio de igualdad.

Art. 335 Debe existir nexo causal entre el daño calificado, la acción y omisión de la administración pública.

Art. 336 La reparación por daños procura la restitución del afectado al estado original.

Art. 337 Se exime de responsabilidad por caso fortuito, de fuerza mayor, cuando se determine la culpa de la víctima o de un tercero.

Art. 338 Las administraciones públicas o delegatarios tienen la responsabilidad de mostrar las pruebas que eximen la responsabilidad

Art. 340 El afectado puede reclamar por vía administrativa en el término de 90 días, contados desde el día siguiente de la acción u omisión que ocasionaron el daño.

Argentina

Art. 1 La ley rige la responsabilidad del Estado frente a la acción o inacción por parte del Estado que ocasione daños. La responsabilidad es objetiva y directa.

Art. 2 Se exime de responsabilidad al Estado en el caso de que el daño sea resultado de un caso fortuito o cuando el hecho lo realizó un tercero donde el Estado no debe responder.

Ley 26.944

Art. 3 Entre los requisitos para establecer la responsabilidad del Estado implica un daño cierto y medible en dinero, el hecho debe dotar de imputabilidad material a la acción o inacción de una institución pública; causalidad entre la acción o inacción y el daño, falta de servicio.

Art. 6 El Estado no responderá por daños ocasionados por concesionarios o contratistas de servicios públicos.

Art. 7 La víctima tiene tres años para demandar al Estado, contados a partir de la verificación del daño.

Art. 9 Los funcionarios públicos enfrentaran las obligaciones legales, siempre que la acusación sea en los siguientes tres años tanto para la víctima como para el Estado.

La tabla 1 describe el derecho comparado de la responsabilidad extracontractual del Estado, para ello se analizó a cuatro países: Colombia, Chile, Ecuador y Argentina. Desde el punto de vista colombiano, la nación cuenta con una ley que respalda la responsabilidad extracontractual, la Constitución (2011) que en el Art. 89 establece los procedimientos para proteger los derechos de la comunidad ante la acción u omisión de las autoridades públicas, así mismo, en el Art. 90 señala que el Estado colombiano tiene responsabilidad ante daños antijurídicos causados por las autoridades públicas, así mismo el Art. 91, señala que en caso de daño moral o material contra un ciudadano no se exime de culpa al representante del Estado que cometió el perjuicio.

Con relación a Chile, es importante señalar que cuenta con tres leyes que amparan la responsabilidad extracontractual, la primera, la Ley 18575 (2000) que establece en el Art. 4 que el Estado es el responsable de los daños ocasionados por los órganos de la administración; la segunda, la Ley 18695 (2007) que en Art. 122 menciona que cualquier persona puede reclamar sobre omisiones y puede realizarla mediante vía administrativa y posterior por la vía ordinaria, así mismo, el Art. 123 señala que las municipalidades enfrentarán la responsabilidad por los daños causados, en especial por falta de servicio; por

último, la Ley 19966 (2004) en el Art. 38 refiere que la administración del Estado encargado del servicio de salud serán responsables por el daño causado por la falta de servicio, adicional, el Art. 39 indica que la administración del servicio de salud tiene 10 días para realizar una investigación sobre lo ocurrido, por su parte el Art. 40 señala que la víctima tiene 4 años contados desde el día de los hechos para establecer responsabilidad a las instituciones públicas representantes.

Por su parte, Ecuador cuenta con dos normativas vinculadas a la responsabilidad extracontractual: la Constitución (2008) que en el Art. 11 numeral 9 señala que es deber del Estado respetar los derechos establecidos en dicho documento, en este sentido, el Estado y las personas que laboran el ámbito público tienen la responsabilidad de reparar los derechos vulnerados por no brindar los servicios de manera adecuada; por otro lado, el Código Orgánico Administrativo (2017) en el Art. 15 señala que el Estado tendrá la responsabilidad de responder por daños por la deficiencia o falta de servicios públicos por acción u omisión de los funcionarios, así mismo y de manera específica en el Art. 330 hace referencia a la responsabilidad extracontractual del Estado, mencionando que este será responsable por el daño calificado que surja como resultado de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas provengan de manera lícita.

Por último, en Argentina se establece una normativa sobre la responsabilidad extracontractual: la Ley 26.944 (2014) señala en el Art. 1 que la responsabilidad del Estado frente a la acción o inacción por parte del Estado que ocasione daños, la responsabilidad es objetiva y directa. De igual forma, el Art. 2 se exime de responsabilidad al Estado, en el caso de que el daño sea resultado de un caso fortuito, en el Art. 3 refiere que los requisitos para

establecer la responsabilidad del Estado implican un daño cierto y medible en dinero, en cuanto al Art. 6 el Estado no responderá por daños ocasionados por concesionarios o contratistas de servicios públicos, en el Art. 7 señala que la víctima tiene tres años para demandar al Estado; finalmente en el Art. 9 los funcionarios públicos enfrentan obligaciones legales, cuando la acusación se realice en los siguientes tres años.

3.3. Discusión de resultados de la investigación

Al referir sobre la legislación chilena, se evidenció que el Estado mantiene la responsabilidad ante la omisión de funcionarios e instituciones públicas que transgredan derechos fundamentales de la sociedad, de manera que las partes afectadas cuentan con mecanismos pertinentes para el reclamo por instancias legales. Esta apreciación es respaldada con la investigación de Agüero et al. (2020) quien realiza una interpretación sobre las competencias de la administración del Estado, se reconoce la incorporación de juicios de imputación de responsabilidad en caso de incumplimientos de principios relacionados con el acceso, oportunidad, costo y equidad en el sistema sanitario. En este caso se admite una extensión del sistema de responsabilidad extracontractual en contextos de salubridad.

En esta misma línea, Viñuela (2006) en una aproximación a la jurisprudencia chilena en materia de responsabilidad del Estado, reconoce la existencia de la garantía de los administrados para exigir el cumplimiento de las atribuciones constitucionales de las entidades públicas inclusive de aquella en donde no se contemple de forma explícita la obligación como tal. Para ello, frente a los abusos se menciona la incorporación de un grado de madurez que supera los dogmas preconstitucionales al actuar a favor de la colectividad que en caso de daños por parte del aparato público busca la defensa judicial para la obtención

de una indemnización. Lo descrito se fundamenta en las leyes vigentes en el sistema de Chile que toman a la salud en el marco de los respetos fundamentales de la población en concordancia con los principios constitucionales vigentes.

En el contexto ecuatoriano, las funciones se establecen en la Constitución de la República (2008) que versa que la obligación de Estado se vincula con la reparación de los derechos vulnerados en situaciones ocasionadas en falencias en la prestación de servicios básicos, tal es el caso de la salud. Al mismo tiempo, en el Código Orgánico Administrativo (2017) que ejerce la actividad jurídica sobre las administraciones públicas se menciona la determinación de las acciones y omisiones del funcionario público y por consiguiente la responsabilidad objetiva del Estado al mencionar que cualquier acción u omisión que se realice en el otorgamiento directo del servicio o por delegación a una institución pública, la responsabilidad del Estado se determina por la característica de directo entre el daño ocasionado y la actuación que lo genera.

En el caso de Argentina se evidenció en el derecho comparado que existe una ley orgánica específica que establece reglas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, en la que se enmarca que se establece esta figura legal una vez que se determine un hecho por parte del Estado que ocasionó daños en una persona, donde no solo se jugaría por una mala acción que cometa, sino por la inacción, a pesar de que tenga los medios para cubrir el servicio. Un aspecto importante que se menciona en la ley de Argentina, es el hecho de que la responsabilidad extracontractual es objetiva, es decir, que no está sujeta a subjetividades y la prueba es preponderante para establecer la responsabilidad del Estado.

Al respecto, Brodsky (2015) analizó la evolución de las leyes sobre responsabilidad extracontractual en Argentina, identificó que era evidente la falta de normativa a través de los años, por lo que se construyó la normativa de forma paulatina, en cuanto a la normativa actual refiere como incorrecta e incompleta, por lo que la define como insostenible en el tiempo a razón de que la parte probatoria no siempre se llega a determinar por lo contundente de las pruebas frente a un funcionario público, por otra parte alude sobre el tiempo que tiene para establecer la demanda, lo que resulta incorrecto.

En el caso de Colombia se identifican normativa en la Constitución, donde se visualiza que los casos de responsabilidad extracontractual se constituyen por los actos u omisiones que realicen las autoridades públicas hacia los ciudadanos y se consideren como anticonstitucionales, donde el funcionario y el Estado tiene la responsabilidad frente al daño causado y tendrán la obligación de reparar a la víctima. Existe una excepción en el caso de Colombia a razón de que exime a los militares de la responsabilidad, dado que esta pasa a los superiores.

A criterio de Guerra y Pabón (2020) en Colombia la responsabilidad extracontractual del Estado es un derecho desde 1991, donde se tiene marcadas las características necesarias para establecer los elementos que implica este derecho en cuanto a procedencia y limitantes, lo que adjudica a los diferentes pronunciamientos de la Corte de lo Contencioso Administrativo, a tal punto que se distingue entre el daño emergente y lucro cesante, así como el daño inmaterial o extrapatrimonial a la que se adjudica la afectación a la moral, a la salud o a los bienes. En cuanto al nexo causal se toma como referencia la teoría de la condición, que implica probar que la acción o inacción ocasiono el daño.

Conclusiones

Una vez concluida la presente investigación que tuvo como objetivo realizar un análisis dogmático jurídico sobre los desafíos probatorios que se presentan al determinar la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la ineficiencia en la prestación de servicios de salud en el Ecuador, se llegó a las siguientes conclusiones:

- En lo referente al primer objetivo que implica el análisis doctrinario se pudo determinar varios aspectos históricos importantes que han sido determinantes para el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que la alusión a la responsabilidad del Estado se ha visto enmarcada en varias constituciones anteriores a la actualmente vigente, para que finalmente se vea viabilizada la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado como medio para el resarcimiento de perjuicios de los cuales se han visto afectados los particulares por parte del Estado y que se encuentra fundamentada en títulos jurídicos de imputación objetiva
- En cuanto al siguiente objetivo que se planteó en cuanto a la comparación de la legislación ecuatoriana con otros países como Colombia, Chile y Argentina, se identifica diferencias sustanciales entre los ordenamientos jurídicos que establecen varios escenarios en cuanto al derecho probatorio, llegando a la conclusión de que a pesar de que en el Ecuador se establece que el Estado será siempre responsable por los daños ocasionados en la prestación de servicios públicos, este daño requiere la característica particular de ser calificado y haber sido directo de la actuación anterior que lo genera, con lo cual se pretende que entre el daño y la acción no existan más

circunstancias que hayan podido inferir en el mismo. Se determino también que en la legislación ecuatoriana el proceso probatorio para determinar la responsabilidad del Estado ha sido más diligente que en legislaciones como la Argentina en la que a más de probar el daño en relación con la actuación que lo produjo, también exige determinar cuál fue el rol del Estado dentro de las deficiencias del servicio prestado. En cambio, en Ecuador, se establece de manera general que frente a cualquier acción en la que se establezca un daño

- Por último, en cuanto al desafío que implica el derecho probatorio en la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano frente a la negligencia sobre la falta de acceso y en los procesos que afectan la efectividad de los servicios de salud, se determinó que la norma faculta dos maneras de responsabilizar al Estado por sus actuaciones u omisiones:

El recurso administrativo de reclamo, que es un medio legal, mediante el cual se genera una oportunidad de defensa para quien lo promueve y una de rectificación para quien lo resuelve, de esta forma la administración por medio de este recurso puede revisar, reflexionar o corregir sus decisiones sometiéndolas al derecho, y;

La vía contencioso-administrativa, en la cual se establece que no es necesario agotar la sede administrativa, dejando al reclamo administrativo con un carácter de opcional.

No obstante, tras la investigación y en la práctica se determinó que tanto para el ciudadano como para el profesional del derecho que ejerce la defensa, el reclamo administrativo no tiene un carácter de opcional sino trascendental para la obtención de información por parte de la administración, sobre todo en el tema que nos concierne, pues se configura como necesario, no para el resarcimiento del daño, sino para la obtención de información previo a activar la vía contencioso-administrativa, pues; al ser la salud un derecho para los ciudadanos y una prestación por parte del Estado sujeta al cumplimiento de protocolos y normativa elemental para garantizar una prestación de calidad, se entendería que el ciudadano pudiera obtener acceso a medios probatorios mediante estos registros médicos, pero tras el análisis se determinó que ello no es suficiente pues a menudo son documentos que no han sido manejados de manera adecuada y con información detallada que garantice un verdadero acceso a la realidad.

Por lo tanto, la figura del reclamo administrativo a sido desnaturalizada al buscarse a través de la misma la obtención de información previo a un proceso contencioso administrativo, y no como una figura que en efecto garantice un resarcimiento de perjuicios por medio de la administración y el Estado.

Configurándose un desafío la obtención de información que pruebe en un proceso, que el daño fue una causa directa de la actuación u omisión de la administración.

Recomendaciones

En función de las conclusiones se establecen las siguientes recomendaciones:

- El Estado ecuatoriano debe velar siempre por dar soluciones apropiadas a los ciudadanos, por lo tanto, debe ejercer un adecuado control sobre la normativa vinculada a la responsabilidad extracontractual, de tal forma que beneficie a los ciudadanos y al Estado; entonces, resulta necesario que respecto de la vía procesal que decida utilizar el particular para hacer valer su derecho presuntamente vulnerado se incremente el número de jueces contenciosos administrativos, ya que con el actual número y la carga procesal, se ha vuelto una verdadera letanía para el ciudadano que decide activar esta vía, llevando a que se presenten indiscriminadamente acciones constitucionales generando un abuso de estas garantías.
- Se recomienda que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se establezca una estructura normativa secundaria que vincule la responsabilidad objetiva del Estado con la prestación del servicio público de Salud, en razón de que este es un derecho fundamental que diariamente se ve vulnerado a los ciudadanos; con esto se brindaría un mecanismo eficaz para llevar a la práctica la figura que ha sido materia de esta investigación.
- Se recomienda, a las administraciones ejercer de manera adecuada las facultades que a través del Código Orgánico Administrativo se les ha otorgado, con respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, pues

se podría evitar incrementar la carga procesal si en sede administrativa se resolviera la controversia.

Bibliografía

- Acosta, A. (2020). El coronavirus en tiempos del Ecuador. *Análisis Carolina*.
<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/04/AC-23.-2020.pdf>
- Agüero, C. (2020). Falta de servicio (en derecho chileno). *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, 306-316.
- Agüero, C., Sandoval, S., & Zambrano, J. (2020). La falta de servicio en la ley N° 19.966 (GES). *Ius et Praxis*, 26(1). <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100171>
- Aldana, E. (2018). Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado por infecciones nosocomiales adquiridas: la hospitalización como actividad peligrosa.
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18505/1/Responsabilidad%20Patrimonial%20Extracontractual%20del%20Estado.pdf>
- Alvarez, H. S. (2007). *Universidad Andina Simon Bolivar*. La Responsabilidad del Estado por la prestación deficiente de servicios públicos o por los actos de sus funcionarios y el ejercicio del derecho de repetición:
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2806/1/T490-MDE-Saltos-La%20responsabilidad.pdf>
- Aróstegui, J. (2012). El acceso a un servicio público de calidad. *Revista de Derecho Administrativo*, 45-52. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7810136.pdf>

Asamblea Nacional Francesa. (1789). *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.*

http://tratadoseuropeos.eu/Documentos/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.pdf

Asamblea Nacional . (18 de diciembre de 2015). Ley organica de Salud. *Registro oficial suplemento 423.*

Asamblea Nacional. (06 de octubre de 2010). Ley Organica de Servicio Publico. Quito.
<https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/09/LOSEP.pdf>

Asamblea Nacional. (2010). Ley Orgánica de Servicio Público. *Registro Oficial Suplemento 294.*
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_ecu_ane_mdt_4.3_ley_org_ser_p%C3%BAAb.pdf

Asamblea Nacional. (2011). Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público. *Registro Oficial Suplemento 418.*
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_ecu_ane_mdt_4.4_reg_losep.pdf

Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Proceso. *Registro Oficial Suplemento 506.* <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/CODIGO-ORGANICO-GENERAL-PROCESOS.pdf>

Asamblea Nacional. (2017). Código Orgánico Administrativo. *Registro Oficial N° 31*.

<https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>

Asamblea Nacional de la República de Colombia. (septiembre de 2011). Constitución.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución.

Quito: Registro Oficial 449. [https://www.defensa.gob.ec/wp-](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)

[content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)

[Ecuador_act_ene-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del*

Ecuador. Quito.

[https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)

[_de_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (7 de julio de 2017). Código Orgánico

Administrativo. Quito: Registro Oficial N° 31.

<https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>

Brodsky, J. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino:

anteproyecto y proyecto de código civil y comercial de la nación y ley 26.944 de

responsabilidad estatal (B.O. 8 de agosto de 2014). *Revista Electrónica del Instituto*

de Investigaciones, 23-49.

Calvinho, G. (2020). A favor de la carga de la prueba. *Estudios de derecho*, 167-199.

<https://doi.org/https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a07>

Calvo, J., Pelegrín, A., & Saturnina, M. (2018). Enfoques teóricos para la evaluación de la eficiencia y eficacia en el primer nivel de atención médica de los servicios de salud del sector público. *Retos de la Dirección*, 12(1).

Coloma, R. (2017). Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de derecho (Valdivia)*.

<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200002>

Cuadrado, C. (2015). El desafío de los sistemas de salud en el siglo XXI: ¿cómo incorporar el enfoque de los determinantes sociales de la salud? *Revista biomédica revisada por pares*.

<https://doi.org/10.5867/medwave.2015.09.6289>

De Laubadère, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá, Colombia.

Díaz, A. (2019). La responsabilidad civil de Estado y acción de repetición contra sus funcionarios. Panamá, República de Panamá: Universidad de Panamá. http://up-rid.up.ac.pa/1682/1/angellini_diaz.pdf

Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciencia y Cultura.

Durán, P. (2016). El concepto de pertinencia en el derecho probatorio en Chile. *Tesis de Maestría. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile.*

<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf>

Fernández, J. (2010). Disertación sobre servicio público. *Revista de Derecho*, 5-21.

<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/379/375>

Franciskovic, B. (2019). El derecho a la prueba: contenido, qué es la prueba, el objeto de prueba y los medios de prueba.

https://www.researchgate.net/publication/330673420_El_derecho_a_la_prueba_con_tenido_que_es_la_prueba_el_objeto_de_prueba_y_los_medios_de_prueba

Función Judicial. (2020). Juicio No. 09332-2020-03152.

<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaCausa.aspx?numcausa=2048-21-JP>

Garrido, F. (1994). *Revista de Administración Pública*.

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_007.PDF.

Gavilanes, R., & Martínez, B. (2019). *Servicio Público; Nueva tendencia y su aplicación en el Ecuador, Tesis de pregrado, Universidad católica Santiago de Guayaquil*.

<http://201.159.223.180/bitstream/3317/13088/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-377.pdf>

Guerra, D., & Pabon, L. (2020). *Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus Elementos en Colombia*.

<http://fs.unm.edu/NCML2/index.php/112/article/view/176/573>

Guerra, D., & Pabón, L. (2020). Estado del arte de la Responsabilidad extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia. *Revista Espacios*, 41(08), 29.

Honorable Congreso Nacional. (3 de septiembre de 2004). Ley 19966. *Establece un regimen de garantías en Salud.*

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar/imprimir?idNorma=229834&idVersion=2004-09-03>

Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes*, 63-78. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4696257.pdf>

Junta de Gobierno de la República de Chile. (16 de noviembre de 2007). Ley 18695. *Ley organica constitucional de municipalidades.*

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30077>

La Junta de Gobierno de la República de Chile. (22 de junio de 2000). Ley 18575. *Ley Organica constitucional de bases generales de la administración del Estado.*

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29967>

León , D., León, R., & Durán, A. (2019). La prueba en el código orgánico general de procesos. Ecuador . *Revista Universidad y sociedad.*

Lopez, E. (2016). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ossola: <https://qdoc.tips/queue/responsabilidad-civil-lopez-herrera-edgardo-pdf-free.html>

López, J. (2018). La responsabilidad civil médico-sanitaria en época de pandemia. *Nueva época*(53). https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/7764

Luque, A., & Casado, F. (2020). Procesos de Covid-19 en Ecuador: cuando la distopía se convierte en realidad. *Revista Venezolana de Gerencia*, 25(92).
<https://www.redalyc.org/journal/290/29065286038/29065286038.pdf>

Machado, V., & Guerrero, A. (2017). La Responsabilidad Extracontractual del Estado y la vulneración de derechos a los ciudadanos. Guayaquil, Ecuador: Universidad Catolica Santiago de Guayaquil.
<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/9626/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-184.pdf>

Marienhoff. (1981). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Editorial Abelardo Perrot.

Matera, J. (2008). Librería Jurídica Sánchez R 1.

Ministerio de Salud Pública. (2012). *Modelo de atención integral del Sistema Nacional de Salud*.

Moreno, J. (2016). La responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador: Limitaciones en el marco jurídico. *Revista IURIS*, 1(15), 103-136.
<https://publicaciones.ucuenca.edu.ec/ojs/index.php/iuris/article/view/1176>

Ochoa, G. (2011). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Legislación Ecuatoriana. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.
<https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2880/1/08702.pdf>

- Oramas, L. (2020). Caso fortuito y fuerza mayor en tiempos de pandemia. *Iuris Dictio*, 26(26). <https://doi.org/10.18272/iu.v26i26.1830>
- Parra, O. (2003). *El derecho a la salud. En la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del pueblo. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
- Pastrana, V. (2018). Análisis del nexos causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Vis Iuris*, 5(10), 63-86.
- Penagos, G. (1997). *El daño jurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Platón. (1968). *La República*. Trolle.
- Ramírez, D., & Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. *Estudios de derecho*. <https://doi.org/https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a09>
- Reyes, G. (2011). reformatio in peius. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5517/1/08521.pdf>
- Roca, D. (2022). Las dificultades (¿o deficiencias?) probatorias en los hechos de violencia sexual, como criterio diferenciador en la valoración de la prueba en la doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Auto Supremo 179/2020 de 17 de febrero. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*(25). <https://doi.org/https://doi.org/10.22235/rd25.2682>

- Rojas, J. (1998). Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. *Revista Chilena de Derecho*, 353-360.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650032.pdf>
- Ruiz, J. (2016). La verdad en el derecho. *Intersticios Sociales*, 1-33.
<https://www.redalyc.org/pdf/4217/421746879002.pdf>
- Saltos, H. (2007). *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION DEFICIENTE DE SERVICIOS PUBLICOS O POR LOS ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICION* Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2806/1/T490-MDE-Saltos-La%20responsabilidad.pdf>
- Santoro, V. (2017). La persona y el Estado como agentes de responsabilidad para la producción de sociedades saludables: análisis temático desde la perspectiva de profesionales de la salud en Cataluña (España). *Salud Colect.*
<https://doi.org/https://doi.org/10.18294/sc.2017.1002>
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (7 de agosto de 2014). Ley 26.944. *Responsabilidad Estatal*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26944-233216/texto>
- Tobar, F. (2013). *Políticas de salud centradas en la familia y comunidad*. Fundación Konrad Adenauer. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/146>

Tonato, B. (2017). *LA CALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ECUADOR: CASO CENTRO DE ATENCIÓN UNIVERSAL DEL IESS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, 2014 -2016*, Tesis de maestría, Instituto de altos estudios nacionales La universidad de posgrado del Estado.
<https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/handle/24000/5038/TESIS-BLANCA%20TONATO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tribunal distrital de lo Contencioso Administrativo. (2013). Juicio No 0133-2013.

Valdivia, J. (2019). La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(246).
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000200213>

Valdivia, J. (2019). La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*, 213-245.

Viñuela, M. (2006). La responsabilidad del Estado chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos. *Revista de Derecho*, 13.
<https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041318008.pdf>

Vivares, L. (2015). El juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la prueba. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, 435-452.