



# **UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL**

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

**POSTGRADO:**

**MAESTRÍA EN ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

**TRABAJO DE TESIS PRESENTADO COMO REQUISITO PREVIO  
PARA ACCEDER AL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN  
ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

**TEMA:**

**“ARBITRAJE Y MEDIACIÓN APLICADO A LAS RECLAMACIONES  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR IATROGENIA Y MALA  
PRÁCTICA MÉDICA EN GUAYAQUIL”**

**Autor: Eco. Bolívar Larrea Herrera**

**C.C. 0907272637**

**Tutor: Vicente Enrique Maldonado Zevallos, Dr. y MBA**

**Guayaquil, julio de 2015**



<b>REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>		
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS</b>		
<b>TITULO Y SUBTITULO:</b> Arbitraje y mediación aplicado a las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica en Guayaquil		
<b>AUTOR:</b> Larrea Herrera Bolívar Boanerges	<b>TUTOR:</b> Vicente Enrique Maldonado Zevallos, Dr. y MBA.	
<b>INSTITUCIÓN:</b> Universidad de Guayaquil	<b>FACULTAD:</b> Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas	
<b>CARRERA:</b> Maestría en Arbitraje y Mediación		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b> Julio 2015	<b>N. DE PAGS:</b> 99	
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b> Arbitraje y mediación		
<b>PALABRAS CLAVE:</b> Responsabilidad civil, contractual, extracontractual; iatrogenia; mala práctica médica		
<p><b>RESUMEN:</b> La presente tesis propende concienciar a todos los ciudadanos y ciudadanas sobre sus derechos, ya que en un momento dado todos somos pacientes, es decir, recurrimos a un proveedor de servicios médicos para el tratamiento de alguna enfermedad en particular; y, también concienciar al médico que en el ejercicio profesional puede tener una conducta que desencadene en un acto dañoso y configurar el hecho generador de responsabilidad penal, o responsabilidad civil de tipo contractual o extracontractual, y consecuentemente la víctima puede recurrir a los procedimientos de la justicia alternativa, el arbitraje y la mediación, para las reclamaciones de responsabilidad civil que se generen y poder resarcir el daño que le ocasionaren vía indemnización.</p> <p>El acto profesional médico, que es la acción o disposición que realizan los profesionales de la salud en general tales como: diagnóstico, prescripción, tratamientos, terapéutica, etc., debe estar sustentado en aquella frase atribuida al médico griego Hipócrates "Primum non nocere" que significa "ante todo no hacer daño" que es el fundamento y base de la Deontología que guía a los médicos.</p>		
<b>N. DE REGISTRO (en base de datos):</b>	<b>N. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>		
<b>ADJUNTO URL (tesis en la web):</b>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input type="checkbox"/> SI x	<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTORES/ES:</b>	Teléfono:0999264962	E-mail: blhmoves@gmail.com
<b>CONTACTO EN LA INSTITUCION:</b>	Nombre: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas: Maestría en Arbitraje y Mediación	
	E-mail: mediacion-arbitraje@hotmail.com	

## **CERTIFICADO DE APROBACIÓN DE TESIS**

En mi calidad de Tutor de Tesis del Postgrado “MAESTRÍA EN ARBITRAJE Y MEDIACIÓN” de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

### **CERTIFICO:**

Que, luego de la correspondiente revisión y análisis, apruebo en su totalidad el Trabajo de Tesis de Grado presentado por el **Eco. Bolívar Boanerges Larrea Herrera**, como requisito previo para acceder al grado académico de “MAGISTER EN ARBITRAJE Y MEDIACIÓN”

El tema de la investigación realizada es: “**ARBITRAJE Y MEDIACIÓN APLICADO A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR IATROGENIA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA EN GUAYAQUIL**”

Guayaquil, Julio de 2015

Vicente Enrique Maldonado Zevallos, Dr. Y MBA

Tutor de tesis

## DECLARACIÓN JURADA DEL AUTOR

Yo, BOLIVAR BOANERGES LARREA HERRERA, declaro bajo juramento ante la Dirección de Posgrado de la Universidad de Guayaquil, que el trabajo aquí descrito y presentado, así como sus resultados, conclusiones y recomendaciones, es de mi autoría y exclusiva responsabilidad, que es inédito y no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional.

La reproducción total o parcial de esta tesis en forma idéntica o modificada, no autorizada por los editores transgrede los derechos de autoría. Cualquier utilización debe ser previamente solicitada a la Universidad de Guayaquil, a través de la Dirección de Posgrado o el autor.

El autor acepta la propiedad intelectual compartida con la Universidad de Guayaquil. Reconoce al tutor como coautor y a los colaboradores directos, si los hubiere, en la investigación como coautores, para lo cual se indicará la filiación institucional.

Guayaquil, Julio de 2015

Eco. Bolívar Boanerges Larrea Herrera

C.C. 0907272637

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento imperecedero a la Facultad de jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil por el proceso formativo de alta calidad que he recibido, y de manera especial al Dr. Publio Dávila Álava, Coordinador General de la Maestría y a la Ab. Lady Fonseca, Asistente de Coordinación.

A mi querida esposa Mónica Vergara Sánchez por su apoyo incondicional.

A mi maestro y tutor Dr. Vicente Maldonado Zevallos que con su preclara inteligencia y generosidad me ha guiado con sus conocimientos y su invaluable experiencia jurídica y arbitral para la culminación de mi trabajo de investigación.

## **DEDICATORIA**

Dedico de manera especial mi trabajo de investigación a mi entrañable familia, que constituye en mi vida una fuente de inspiración permanente para alcanzar mis grandes logros; a mi amada esposa Mónica Elizabeth, mis adorables hijos Nadia, Melina, y Bolívar Jesús, así como mis dos nietos Mateo y Sebastián, que me han hecho descubrir lo bello que es la vida y lo maravilloso que es vivir con la gracia de nuestro Padre Celestial.

## **INDICE GENERAL**

<b>CARÁTULA</b>	
<b>APROBACIÓN DEL COMITÉ</b>	
<b>CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN DEL TUTOR</b>	<b>i</b>
<b>AUTORÍA O PROPIEDAD LITERARIA</b>	<b>ii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>iii</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>iv</b>
<b>INDICE GENERAL</b>	<b>v</b>
- <b>CONTENIDO</b>	<b>vi</b>
- <b>TABLA DE CUADROS</b>	<b>x</b>
- <b>TABLA DE GRÁFICOS</b>	<b>xi</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>iv</b>
<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>xv</b>

## CONTENIDO

### CAPÍTULO I

#### EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1 Determinación del problema.....	3
1.1.2 Causas del problema.....	8
1.1.3 Delimitación del problema.....	11
1.2 PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.3 JUSTIFICACION.....	13
1.4 VIABILIDAD.....	16
1.5 HIPÓTESIS.....	18
1.6 OBJETIVOS.....	19
1.6.1 Objetivo General.....	19
1.6.2 Objetivos Específicos.....	19
1.7 VARIABLES.....	19

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1 LA SALUD.....	21
2.1.1 El rol del Estado y el derecho a la salud.....	22

<b>2.2 LA ENFERMEDAD.....</b>	<b>23</b>
2.2.1 Causas comunes a la enfermedad.....	23
<b>2.3 EL TRATAMIENTO MÉDICO.....</b>	<b>25</b>
2.3.1 Protocolos globalizados de procedimientos quirúrgicos y Postquirúrgicos.....	27
2.3.2 Normas globales de prescripción médica.....	30
<b>2.4 LA IATROGENIA.....</b>	<b>31</b>
2.4.1 Causas.....	32
2.4.2 Características.....	34
2.4.3 Tipos de iatrogenia.....	34
2.4.4 Consecuencias.....	35
<b>2.5 LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.....</b>	<b>36</b>
2.5.1 Causas.....	39
2.5.2 Características.....	39
2.5.3 Consecuencias.....	39
2.5.4 Diferencia entre iatrogenia y mala práctica médica.....	40
<b>2.6 LA ÉTICA MÉDICA.....</b>	<b>40</b>
2.6.1 La Responsabilidad médica.....	40
2.6.1.1 Responsabilidad médica civil.....	45
2.6.1.1.1 Responsabilidad médica contractual.....	47
2.6.1.1.2 Responsabilidad médica extracontractual.....	48
2.6.1.2 Responsabilidad médica penal.....	50
<b>2.7 LA INDEMNIZACIÓN CIVIL.....</b>	<b>51</b>
<b>2.8 EL ARBITRAJE.....</b>	<b>53</b>

2.8.1. Tipos de arbitraje.....	55
2.8.2 Procedimiento de arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana.....	56
2.9 LA MEDIACIÓN.....	58
2.9.1 Tipos de Mediación.....	59
2.9.2 Procedimiento de mediación conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana.....	60
2.10 Diferencia entre arbitraje y mediación.....	61
2.11 ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA SALUD PÚBLICA EN ECUADOR.- GARANTÍAS AL PACIENTE.....	62
2.12 NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN AL PACIENTE.....	65
2.13 CASOS DE IATROGENIA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR.....	66

### **CAPÍTULO III**

#### **METODOLOGÍA**

3.1. LUGAR DE LA INVESTIGACIÓN.....	68
3.2 PERÍODO DE LA INVESTIGACIÓN.....	69
3.3 RECURSOS A EMPLEAR.....	70
3.3.1 Recursos humanos.....	70
3.3.2 Recursos materiales y financieros.....	70
3.4 MÉTODOS.....	71
3.5 TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	72
3.6 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	74
3.7 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	75

## **CAPÍTULO IV**

### **DE LOS RESULTADOS Y LA PROPUESTA**

<b>4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS.....</b>	<b>78</b>
<b>4.2 PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA.....</b>	<b>84</b>
<b>4.3 CONCLUSIONES.....</b>	<b>86</b>
<b>4.4 RECOMENDACIONES.....</b>	<b>87</b>

## **CAPÍTULO V**

### **REFERENCIAS**

<b>5.1 REFERENCIASBIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA.....</b>	<b>89</b>
<b>5.2 ANEXOS.....</b>	<b>94</b>
<b>5.2.1 ANEXO 1: SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RELACIONADA CON EL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.....</b>	<b>94</b>
<b>5.2.2 ANEXO 2: SOLICITUD DE ENCUESTA.....</b>	<b>97</b>
<b>5.2.3 ANEXO 3: PREGUNTAS DE LA ENCUESTA.....</b>	<b>98</b>

## LISTA DE TABLAS

**Tabla # 1**, Cronograma de actividades, pág. 76

**Tabla # 2**, Personal a utilizar, pág. 77

**Tabla # 3**, Recursos materiales y financieros

## LISTA DE GRÁFICOS

### ENCUESTAS

- **Gráfico # 1**, Sobre el cumplimiento de protocolos en procedimientos quirúrgicos y post-quirúrgicos en los centros de salud públicos y privados en Guayaquil.
- **Gráfico # 2**, Si los médicos del sector público y/o privado en atención ambulatoria cumplen con protocolos para el diagnóstico y prescripción médica para no causar daño en el paciente?
- **Gráfico # 3**, Sobre la concurrencia de iatrogenia a los pacientes que deriva en daño; el médico busca solucionar el problema sin costo alguno?
- **Gráfico # 4**, Si son satisfechas las necesidades de atención médica urgente de los afiliados al Seguro Social y la ciudadanía en general?
- **Gráfico # 5**, Si existe de parte del Estado Ecuatoriano el marco legal y extralegal que ampare al ciudadano afectado por iatrogenia y mala práctica médica?
- **Gráfico # 6**, Sobre la implementación de métodos alternativos para la solución de conflictos por prestación de servicios médicos.
- **Gráfico # 7**, Sobre la existencia de un Centro de Arbitraje y Mediación en la Defensoría del Pueblo para atender reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica.

## RESUMEN

La presente tesis propende concienciar a todos los ciudadanos y ciudadanas sobre sus derechos, ya que en un momento dado todos somos pacientes, es decir, recurrimos a un proveedor de servicios médicos para el tratamiento de alguna enfermedad en particular; y, también concienciar al médico que en el ejercicio profesional puede tener una conducta que desencadene en un acto dañoso y configurar el hecho generador de responsabilidad penal, o responsabilidad civil de tipo contractual o extracontractual, y consecuentemente la víctima puede recurrir a los procedimientos de la justicia alternativa, el arbitraje y la mediación para las reclamaciones de responsabilidad civil que se generen y poder resarcir el daño que le ocasionaren vía indemnización.

EL ACTO PROFESIONAL MÉDICO, que es la acción o disposición que realizan los profesionales de la salud en general tales como: diagnóstico, prescripción, tratamientos, terapéutica, etc., debe estar sustentado en aquella frase atribuida al médico griego Hipócrates PRIMUM NON NOCERE, que significa “ante todo no hacer daño” que es el fundamento y base de la Deontología que guía a los médicos. Lamentablemente tal como lo estipula el art. 146 del COIP para la determinación de la infracción en su inciso segundo que **“por la inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas, o LEX ARTIS aplicables a la profesión médica”**, se suelen presentar situaciones que generan complicaciones a la salud del paciente y que incluso comprometen su vida. Estas situaciones derivan en la comisión de iatrogenia o acto médico dañino que ocasiona daños en el estado de salud del paciente, y de mala práctica médica que provoca la muerte del mismo. La responsabilidad civil del profesional médico conduce a la obligación de indemnizar por todos los

daños y perjuicios que ocasionaren al paciente. Por lo cual, el enfoque de esta investigación se orienta a proponer que en los casos de responsabilidad civil, las indemnizaciones puedan reclamarse por vía de métodos alternativos, siendo estos el arbitraje y mediación la vía idónea para la solución de conflictos médicos.

Para aplicar estos métodos se pretende otorgar esta facultad o competencia a la Defensoría del Pueblo, como ente autónomo e independiente para que pueda cumplir funciones de administrador de un Centro de Arbitraje y Mediación en la ciudad de Guayaquil y que esta propuesta se extienda en todo el territorio nacional. Consideramos que la Defensoría del Pueblo goza de competencias extraordinarias, ya que la misma Constitución de la República del Ecuador de 2008 en su artículo 216 le otorga al Defensor del Pueblo, inmunidad civil y penal hasta donde lo permite la ley, con la finalidad de facilitar su misión, por opiniones que emita y- o las decisiones o actos que realice en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte el Proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que reposa en la Asamblea Nacional en la comisión de Participación Ciudadana y que debió haberse aprobado hasta el mes de Junio de 2015 guarda mayor sintonía que la Ley vigente aprobada en 1997, con los avances alcanzados en la Constitución de Montecristi del año 2008 en el ámbito garantista de derechos fundamentales, ya que la misma Constitución en los artículos 1 y 3 señala expresamente que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual está plasmado en las funciones del Defensor del Pueblo descritas en el Art. 215 de la Constitución de la República, y reproducido en el Art. 6 del Proyecto de Ley en veintitrés numerales, donde se describen las atribuciones que le competen a la Defensoría del Pueblo.

En el mismo proyecto, el Artículo 2 guarda concordancia con el Art. 214 de La Constitución de la República, en que dice que La Defensoría del Pueblo es un órgano de derecho público con Jurisdicción Nacional que goza de completa autonomía y ejerce un control pleno para que se respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas, que además forma parte de la Función de Transparencia y Control Social. Quedan claras sus competencias de proteger y tutelar el cumplimiento de los derechos humanos y de asumir el patrocinio de reclamos por los servicios públicos y los perjuicios a los derechos de consumidores y usuarios.

La propuesta planteada rompe algunos paradigmas del sistema judicial ecuatoriano, así también en el sistema instaurado para la administración de los centros de arbitraje y mediación. A más del escaso sustento doctrinario en materia de reclamaciones por responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica, utilizando métodos alternativos, se suma el vacío académico y de experticia de los profesionales de derecho en esta materia. Por lo tanto con esta investigación se deja abierta la inquietud para profundizar en esta temática y poder satisfacer una necesidad ciudadana latente por resolver, que tiene que ver con la reparación por el daño inferido por los profesionales médicos a los pacientes.

## PRESENTACIÓN

La exigibilidad de los derechos de las personas naturales y jurídicas siempre resultará un factor omnipresente y perpetuo dentro de cualquier ordenamiento jurídico, siendo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no es la excepción a la regla, el Estado debe asumir la responsabilidad de la satisfacción de sus derechos en la mejor medida de concesión o de cumplimiento factible. Es así, que los derechos generalmente se exigen por vía judicial, lo que representa el mecanismo normal o de uso convencional para tal propósito.

Tal situación genera un cúmulo abundante de causas procesales que necesitan de una sustanciación y de una resolución, sin embargo, se considera que muchos de los derechos o de los bienes jurídicos que se persiguen para su satisfacción pueden acudir a otras vías, por lo que las soluciones extrajudiciales son un mecanismo idóneo y perfectamente legible para la reivindicación de múltiples derechos y obligaciones que se exigen ante el sistema de justicia.

Es importante destacar que la Constitución Política del Estado del año 1998 como la Constitución de la República del Ecuador de Montecristi del 2008, reconocen a la justicia alternativa como procedimientos viables para la resolución de conflictos, aplicables con sujeción a la Ley, y que sean transigibles, Uno de los aspectos que mayor trascendencia reflejan dentro de la panorámica que se plantea es el relacionado con las indemnizaciones o resarcimiento por daños, de los cuales algunos de ellos corresponden a materias que por su naturaleza, se pueden transigir y por las posibilidades que concede el derecho perfectamente pueden exigirse por vía extrajudicial, recurriendo a métodos alternativos para la solución de conflictos como El Arbitraje y Mediación, los que contribuyen a resolver de una forma más ágil y prescindiendo de todos los bemoles que derivan de las causas procesales y llegar a acuerdos reparatorios por el daño causado y consecuentemente de una indemnización.

Uno de los casos que presenta un amplio ejercicio de acciones judiciales indemnizatorias, es el relacionado con la comisión de iatrogenia o acto médico dañino y de la mala práctica médica por parte de los facultativos médicos de los distintos centros de salud públicos y privados en el Ecuador. La conducta profesional del médico puede derivar en la ocurrencia de una doble acción, civil y penal, y es así que el acto médico dañino más omisiones que se den en el ejercicio profesional conducen a la iatrogenia, que producen lesiones y complicaciones de todo nivel en la salud de los pacientes, y configura una responsabilidad de tipo contractual y extracontractual mientras que la mala práctica médica o también llamada negligencia médica se da ante una acción u omisión lesiva que lleve a la muerte del paciente, en el artículo 2241 del Código Civil, se señala un principio que es importante considerar:

**El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de las penas que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.**

En concordancia a lo antes indicado, en el Código Integral Penal vigente se establece el siguiente artículo:

**Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de libertad de uno a tres años.**

**El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinada por la Ley.**

**Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.**

**Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:**

- 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.**
- 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicable a la profesión.**
- 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.**
- 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.**

Según nuestra legislación la comisión de un delito igual al cometido por el médico estadounidense Dr. Farid Fata, que fraudulentamente diagnosticó a más de 533 pacientes que tenían cáncer cuando no padecían de esta enfermedad (ver caso en causas del problema), no recibirían la misma sanción y pena en Ecuador, no obstante que este delito en particular, provocó un desencadenamiento de otras enfermedades catastróficas. En nuestro país un delito similar sería sancionado con una pena privativa de la libertad de máximo cinco años, y es allí donde se configura un vacío en procura de hacer justicia, porque la pena no guarda concordancia con la comisión de "homicidio culposo", por cuanto en estos actos dañinos siempre existe dolo y protervos fines, es por tal razón, que sólo vía indemnización se puede compensar en algo a la víctima, ante la comisión de un delito de la proporción e impacto de diferente índole que desencadena un acto dañoso como el antes referido.

Ante el cometimiento de iatrogenia o mala práctica médica se produce la figura del daño en contra de un adecuado estado de salud del paciente o de atentar contra su vida, por lo que debe existir de parte de los facultativos médicos y de los centros de salud públicos y privados la obligación de resarcir al paciente o usuario del sistema de salud, ya que al haber este elemento del daño y consecuentemente sobre este existe el carácter indemnizatorio, claramente se da lugar a la existencia de la responsabilidad civil, que según los casos puede ser contractual o extracontractual, la que debe ser cumplida, por lo que para el efecto se plantea que exista una vía alternativa, es decir, extrajudicial que permita el cumplimiento de la indemnización por medio de un procedimiento como El Arbitraje y Mediación que se lleve a cabo en el Ecuador, concretamente en la ciudad de Guayaquil,

en La Defensoría del Pueblo, en el que se haga efectiva la satisfacción de esta obligación mediante la reparación en sentido económico y quirúrgico correctivo si fuera necesario tras el post operatorio.

La presente propuesta está dirigida a las instituciones gubernamentales de poder para que incluyan en la Ley el Procedimiento de Arbitraje y Mediación para que las reclamaciones por responsabilidad civil en el área médica también puedan ventilarse en un Centro de Mediación y Arbitraje de La Defensoría del Pueblo, ya que este ente ha posicionado una imagen de transparencia e imparcialidad en las actuaciones de intercesor en la resolución de conflictos entre los ciudadanos y las diferentes instituciones públicas. Es importante señalar que se trata de contribuir con un mecanismo ágil que garantice los derechos y el máximo bienestar al paciente afectado, esto mediante la prosecución de un procedimiento sencillo, rápido, oportuno, sin trabas ni dilaciones, en el que se busque la óptima reparación del daño ocasionado a la víctima, y a su vez no derivar estos casos a un sistema judicial colapsado en el que proliferan causas tanto transigibles como no transigibles, lo que ocasiona el retraso en la solución de un caso perfectamente transigible en el aspecto indemnizatorio por su carácter civil, para de ese modo evitar se vea comprometida la salud y la vida del paciente.

En concordancia con el marco jurídico ecuatoriano que garantiza los derechos a la salud de los ciudadanos y ciudadanas, el Art. 32 de La Constitución de la República del Ecuador lo define claramente, así también de manera explícita en el Art. 363 se establecen las responsabilidades del estado en los ocho literales que contempla este artículo. Consideramos que nuestra propuesta está encaminada a solucionar un problema latente, y que de cierta forma ha sido esquivo a los intereses de la ciudadanía, ya que cuando se trata de conflictos en el área de la salud, siempre se relaciona a dos actores, por un lado el gremio médico y por el otro lado las autoridades y casas de salud de servicio público, y casi siempre tiene que ver con reivindicaciones clasistas; en lo que respecta con las afectaciones del paciente por condiciones insalubres de las instalaciones hospitalarias inadecuadas, incumplimiento de protocolos en la atención médica, desatención y acto médico dañino, no son considerados en esta problemática.

# **ARBITRAJE Y MEDIACIÓN APLICADO A LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR IATROGENIA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA EN GUAYAQUIL**

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En el Ecuador, no obstante de existir un marco legal prescrito en la Constitución de la República del Ecuador de 1998 y 2008 y en la Ley de Arbitraje y Mediación que se crea en el año de 1997, todas ellas promueven la solución de conflictos mediante la utilización de métodos alternativos como El Arbitraje y la Mediación, aun así existe una escasa cultura en cuanto a la aplicación de estos procedimientos , y en constantes oportunidades la satisfacción de los deberes u obligaciones remuneratorias se han visto retardadas por la insistencia en vías judiciales como medios ordinarios y comunes para su resolución y aplicación, lo cual implica un letargo en la rápida concesión y satisfacción de los derechos indemnizatorios o de compensación que le corresponden a la víctima o derechohabiente respecto de una causa en la que se le ha ocasionado algún tipo de daño, el que precisamente motive conforme a las prescripciones de la ley que reclame una indemnización o reparación del daño producido.

Este exiguo e incipiente conocimiento de la aplicación de los procedimientos de Arbitraje y Mediación también se hace extensivo en los casos de iatrogenia y de mala práctica médica, puesto que aquellos conceptos no se encuentran amplia y claramente desarrollados de forma concreta sin lugar a incertidumbres jurídicas en la legislación ecuatoriana, y de peor manera la transigibilidad de la responsabilidad civil que se deriven de ellas, planteando se pueda concretar mediante el arbitraje y mediación en casos suscitados en cualquier lugar de la república y concretamente en la ciudad de Guayaquil. Aquello representa la existencia de un problema porque al tratarse de solucionar un daño ocasionado a un paciente que pasa a adoptar la calidad de víctima por tales sucesos mencionados, el Estado se ve obligado a garantizar el ejercicio y a su vez la reparación de los derechos, la que debe ser efectiva mediante la aplicación de los mejores procedimientos reconocidos por el sistema jurídico ecuatoriano, en este caso es importante que se incorpore el concurso de la aplicación del Arbitraje y Mediación para que se resuelvan los casos señalados en beneficio de una pronta y adecuada reparación o indemnización a los derechos de la víctima.

Como factor predominante se señala que la reparación o indemnización debe proceder en la medida que mejor satisfaga ese interés, esto considerando la obligación del Estado de asegurar los derechos de las ciudadanas y ciudadanos como parte de un ente garantista de los derechos humanos y fundamentales. a su vez que el sistema de salud pública y privada están obligados a asistir con la mayor protección posible a sus usuarios, ya que la salud es un bien fundamental que forma parte integrante de los postulados de la vida digna y el buen vivir reconocidos constitucionalmente en el Ecuador, lo que fundamenta la propuesta de recurrir y tratar el aspecto reparatorio o indemnizatorio mediante la aplicación de métodos alternativos, esto procede en razón de la consideración expuesta, dado que es una alternativa muy efectiva para resolver estos aspectos, debido a que el Estado

como se ha precisado debe satisfacer y garantizar los derechos de los ciudadanos de la mejor forma posible.

### **1.1.1 Determinación del problema**

La iatrogenia y la mala práctica médica son actos que generan conceptos de un contexto médico y jurídico, de los que se puede llegar a decir no se encuentran definidos con claridad y objetividad dentro de los pertinentes cuerpos normativos del ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente el concepto de iatrogenia que tiene un amplio margen de desconocimiento al menos dentro de las aristas del orden jurídico ecuatoriano, no así en el contexto internacional y en la referencia histórica que existe en el ámbito médico se conoce como iatrogenia al acto médico que provoca una alteración o desequilibrio del balance bío-energético en el estado de salud del paciente. Deviene de la palabra compuesta íatrogénesis que significa “provocado por el médico” y está constituida por dos vocablos griegos (íatros-médico o sanador y génesis: crear o producir). La iatrogenia, podemos concluir que es una condición, enfermedad o afección provocada en el ejercicio de los profesionales de la salud por inadecuados tratamientos médicos, debido a una prescripción medicamentosa inadecuada, por procedimientos fallidos o improcedentes, abandono, entre otros actos erróneos. La historia reseña de forma clara y concisa que los actos médicos dañinos han existido en todos los períodos históricos de la humanidad y eso lo podemos evidenciar en el Código de Hammurabi, en sus párrafos comprendidos del 218 al 220 concebidos hace más de cuatro mil años, y en ellos se expresa la percepción que tenía la sociedad civil de la antigua civilización Mesopotamia sobre los supuestos errores y negligencia médica, y las acciones pertinentes para actuar ante ellas.

La realidad que se presenta en el Ecuador es contraria a lo que acontece en el concierto internacional, y lo podemos contrastar con los conocimientos que se tiene en nuestro país. Mientras que en otros países, los dictámenes

judiciales, controles y regulaciones en el ejercicio profesional médico son estrictos como ocurre en algunos países Sudamericanos, Europeos y de Norteamérica, etc., en este sentido, existe una laguna o vacío normativo que no encasilla con claridad las causas y los efectos de estas situaciones en nuestro medio, por lo que es necesaria una definición más concreta y diferenciada de las características constitutivas y de los alcances de aquellas, no solo para una investigación penal de ameritar el caso partiendo de una definición clara, sino que en el caso de los aspectos remuneratorios no se deje tal situación al azar y más bien se perfeccione los mecanismos de resarcimiento, en este caso que se desprendan de la responsabilidad civil.

El problema en sí consiste en el excesivo seguimiento de fórmulas tradicionalistas que no se desenvuelven o se desarrollen acorde al carácter evolutivo del derecho, por tal razón, amerita que se proponga una alternativa diferente a los procedimientos tradicionales, esto se debe a que se busca conceder una mayor protección y satisfacción a los derechos de la víctima, la cual debe contar con la protección del Estado, y éste mismo en razón de su existencia dispone de diferentes sistemas que conceden servicios y beneficios a la ciudadanía.

Lo acotado se relaciona de estricta forma con los sistemas de salud y de justicia, los cuales para efecto de la resolución del problema que se determina se encuentran estrechamente interrelacionados, lo que se da lugar como señal de reconocimiento de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, quienes requieren de la indemnización de producirse un daño dentro del primer sistema enunciado acudiendo las víctimas de aquel al segundo sistema como medio de satisfacción de su derecho.

Para que esta interrelación sea efectiva, es necesario que el marco jurídico existente proporcione las normas sustantivas y adjetivas idóneas, lo cual se logrará acondicionando los cambios, transformaciones e innovaciones pertinentes a fin de contribuir con la optimización de la finalidad de establecer un mecanismo reconocido jurídicamente que permita de mejor forma ejercer

los derechos indemnizatorios ante la comisión de los casos de iatrogenia y de mala práctica médica dentro del cumplimiento de la responsabilidad civil. La Constitución de la República del Ecuador es el instrumento que proclama el reconocimiento y el respeto de los derechos de todas las ecuatorianas y de todos los ecuatorianos, ante ello el Estado es el responsable de garantizar sus derechos fundamentales como se ha detallado previamente. Sin embargo, es necesario reflexionar que al Estado ecuatoriano le corresponde acoplarse a la progresividad de los derechos de las personas, parte de estos derechos fundamentales de la ciudadanía ecuatoriana pertenecen a los distintos servicios estatales existentes en el país, los que son prestados por las distintas entidades públicas estatales, entre estos servicios se encuentra la salud, que dentro de sus ámbitos público y privado deben cumplir con determinadas obligaciones para garantizar el bienestar ciudadano respecto del goce de este derecho fundamental dado su reconocimiento constitucional.

Señalados sus motivos, al referirse a la salud independientemente de su modalidad pública o privada, para el ejercicio y defensa de los derechos inherentes a la misma, es necesaria la intervención del servicio de justicia para exigibilidad de los derechos relativos y propios del sistema de salud, esto debe de aplicar mediante la protección judicial y extrajudicial de los derechos, para que así en lo concerniente a la prestación del servicio de salud los distintos establecimientos públicos y privados generen su optimización o perfectibilidad esto con la finalidad de proveer mejores condiciones de vida al conglomerado social ecuatoriano.

Las premisa referida entonces enfatiza la razón o el motivo por el cual es un alto deber del Estado el promover y defender los derechos fundamentales de las ecuatorianas y ecuatorianos, porque con la prerrogativa de que el Ecuador es un Estado social de derechos y de justicia social, asume la función de garante de todos los derechos para el desarrollo de la sociedad y del bienestar tanto en el plano individual como colectivo.

La comisión de los actos de iatrogenia y mala práctica de parte de los facultativos médicos de los centros de salud públicos y privados del Ecuador y concretamente de la ciudad de Guayaquil, dan lugar a la generación de daños o agravamiento del estado de salud de los pacientes, los que incluso corren un alto riesgo de ver comprometidas sus vidas, por tal situación, si existe un peligro que derive en daño se debe indemnizar. Dentro de este aspecto, es necesario mencionar y destacar el por qué se originan estos actos en detrimento del paciente, lo que se debe a problemas de actitud y vocación de servicio que tienen los médicos en la actualidad, quienes en gran medida incumplen con los deberes que impone éticamente el juramento hipocrático, el que actualmente es considerado únicamente como un acto protocolario, por lo que se menoscaba el aspecto ético y profesional de la mayoría de los facultativos médicos que no cumplen fielmente en el desarrollo de sus labores procurando el bienestar del paciente, sino más bien, recurren a procedimientos innecesarios aunque sean de aceptación dentro del campo médico. Esto se debe a que existe un afán de lucro desmedido dejando por debajo la prioridad del bienestar del paciente, que al someterlo a tratamientos médicos que no son imperativos en cantidad y calidad, pueden generar daños en el estado de salud física y psíquica del paciente y por ende comprometer su vida, lo cual debe ser resarcido.

Todas estas consideraciones expuestas han generado una serie de situaciones, partiendo por la penalización de la mala práctica profesional en la que incurre en negligencia o mala práctica médica y desde luego que la iatrogenia ocupa una posición en que se le debe efectuar un seguimiento y solución dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, porque nuestra legislación aún requiere de mayores reformas y optimización para garantizar un sistema de salud de calidad, en el que exista mayor conciencia sobre la protección al paciente, esto por medio de normas que definan mejor los principios de la ética médica, a su vez, la punición en los casos de afectar la salud del paciente o atentar contra su vida, también procedimientos idóneos

y ágiles para resarcir los daños proferidos al paciente de un modo eficaz, ágil y oportuno.

Es así, que en la actualidad, sintonizados con una realidad que causa a veces estupor en la sociedad, el estado consciente de la situación como concientización de la situación ha expedido el Decreto 703 por el cual se crea la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Pre-pagada ACCESS con fecha de 25 de junio de 2015, siendo el objetivo mejorar el sistema de salud y generar mayores garantías y fortalecer las seguridades a los pacientes o usuarios del sistema de salud público y privado, por lo que prevalece el respeto hacia su salud, hacia su vida y se promueve la vida digna, en el numeral 3 del decreto se le confiere catorce atribuciones a esta agencia entre ellas las de suspender, cancelar o restituir los permisos de funcionamiento de las casas de salud. Esta decisión estatal guarda estricta concordancia con el marco constitucional de garantizar derechos.

Como se puede apreciar, es necesario efectuar cambios estructurales en el sistema de salud en el Ecuador, tanto en el ámbito público como privado, por lo que la propuesta consignada en la presente tesis está encaminada a ser un aporte dentro de dichos procesos de cambios estructurales tales como:

- Infraestructura física que cumpla con las exigencias de los más altos estándares de calidad.
- Equipamiento con equipos médicos de última generación, que garanticen el desempeño óptimo de los facultativos.
- Fortalecimiento de las competencias laborales del talento humano por medio de capacitación recurrente en conocimientos y habilidades, en actitudes y dominio de las dimensiones que nos proporciona la inteligencia emocional.
- La academia, los centros de salud, y los gremios de profesionales médicos deben asumir el reto de concienciación, para que el acto médico siga siendo el medio de realización profesional y humana, y **que**

**los pacientes sean considerados como seres humanos** que están cargados de sentimientos y emociones.

En el instante en que los profesionales de la salud trasgredan la normativa, allí es pertinente que la ciudadanía recurra al Arbitraje y Mediación como medio alternativo para la solución de un conflicto y el lugar idóneo sería El Centro de Mediación de La Defensoría del Pueblo en Guayaquil, dada su visión de ser una institución referente en el contexto institucional que vela por garantizar los derechos conculcados de todos los ciudadanos, y que en la relación médico- paciente o casa de salud-paciente, por su naturaleza de poder podría ser afectada, un Centro de Arbitraje y Mediación en esta institución sería lo más procedente porque está dotada de un espíritu de justicia y equidad, además cuenta con una filosofía pro-defensa de los derechos humanos de los ciudadanos. En materia de salud los derechos de los ciudadanos son vulnerados permanentemente, por el cometimiento de iatrogenia y mala práctica médica, y si el conflicto es transigible, entonces se aplicará la justicia alternativa, que goza de reconocimiento constitucional, tal como se lo describe en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, ante esta problemática se consigna una propuesta de solución, ágil, económica en cuanto al procedimiento para la dilucidación del conflicto.

### **1.1.2 Causas del problema**

Para comprender de mejor manera ésta problemática, debemos hacer un paneo breve de lo que constituye el mercado de la salud, entendamos a éste como el escenario donde confluyen todos los servidores de la salud, tales como: clínicas u hospitales públicos o privados, médicos, enfermeras, camilleros, naturópatas, homeópatas, quiroprácticos, odontólogos, etc., y, por otra parte todos los ciudadanos que sufren algún tipo de dolencia o patología, que requieren un servicio médico para remitir o erradicar una enfermedad. Así también en este contexto interactúan las instituciones regulatorias y de control, los laboratorios farmacéuticos, de análisis clínico y

proveedores médicos en general etc. La premisa principal que rige la reproducción de este sistema es la **rentabilidad** o **resarcimiento monetario** en el desempeño de la profesión, y según la percepción de algunos médicos, deben recibir una compensación especial a una carrera que implica bastante tiempo de dedicación e inversión, es por esta razón que en el mercado de la salud, se vuelve hasta obsesivo en algunos facultativos el enriquecimiento en el corto plazo. En tal virtud, los principios consagrados en el Juramento a Hipócrates se convierten en un simple enunciado. En el ámbito privado la determinante es el exacerbado tinte comercial, esto se manifiesta en prácticas muy usuales como el de pertenecer a círculos que reciben gratificaciones por órdenes indiscriminadas de exámenes por imagen, y de procedimientos, exámenes de laboratorio clínico, que a más de ser costosos muchas veces no guardan concordancia con la situación económica del paciente, desencadenando un estado de estrés psicológico y ansiedad que agravan la condición de salud del enfermo, diagnósticos fraudulentos de enfermedades catastróficas y terminales como el cáncer para vender tratamientos muy costosos y que además tienen efectos secundarios graves, esto lo podemos evidenciar en un reportaje realizado por la prestigiosa revista Newsweek en su sección de tecnología y ciencia escrita por Ed Cara de Julio 10, 2015 que dice:

**El Dr. Farid Fata, prestigioso médico hematólogo oncólogo domiciliado en el estado de Michigan de los Estados Unidos de Norteamérica fue condenado el 10 de Julio a 45 años de prisión, ya que este se declaró culpable de 23 cargos de fraude en atención médica, 2 cargos en lavado de dinero y un cargo de conspiración para pagar y recibir sobornos. Defraudo a medicare y a tres aseguradoras mediante la explotación a sus pacientes.**

**Los Federales alegan que Fata prescribió intencionalmente más de 9.000 inyecciones e infusiones innecesarias a por lo**

**menos a 553 pacientes durante 6 años, estos tratamientos han ascendido a casi 35 millones de dólares en la facturación de seguros.**

No obstante la rigurosidad formativa, los incentivos que reciben los médicos en el ejercicio profesional, los controles existentes en Estados Unidos y las sanciones punitivas por la comisión de estos delitos, que incluyen millonarias indemnizaciones, se persiste en actos de mala práctica médica en la sociedad estadounidense. En nuestro país existen grupos interesados en hacer “apología del delito”, y cuando se reproducen este tipo de delito, de mala práctica profesional, que conduce a la muerte del paciente y con todos los agravantes que se sumen, con el COIP las penas en el Ecuador son extremadamente benignas ante el cometimiento de un delito similar al antes descrito.

Las casas de salud públicas en la atención ambulatoria, según nuestra investigación alegan los mismos médicos y pacientes y lo destacan innumerables reportajes periodísticos de prensa y televisión, que por disposición superior los médicos sólo cuentan con quince minutos para atender a cada paciente lo cual conduce a omitir en la mayoría de los casos el estudio clínico directamente en el cuerpo orgánico del paciente, por otra parte se prescinde de la comunicación efectiva o interrogación profunda. Hoy la relación se ha tornado impersonal, y en la planificación para intervenciones quirúrgicas, en muchas ocasiones se prescinde de protocolos globalmente aceptados, en ciertos casos se omite preguntar al paciente si se está suministrando anti-agregantes plaquetarios y/o anticoagulantes a fin de evitar que en la intervención quirúrgica se produzca una hemorragia incontrolable; la valoración pre-quirúrgica de líneas celulares neoplásicas en el sistema digestivo y en otros órganos por parte de un especialista antes de realizar la intervención quirúrgica programada para casos de extirpación de

tumores, así también, la valoración de un anestesiólogo que permita un grado de familiarización con el paciente.

Al no tomar en cuenta estos aspectos que parecen intrascendente nos encontramos que en pleno proceso de quirúrgico se presenten sorpresas como: tumores con líneas celulares neoplásicas o cancerígenas, problemas mayores en el suministro de la anestesia, etc.

Otra de las principales causas para la presentación de problemas, es el irrespeto de los protocolos post operatorios y de una inadecuada operatividad de los quirófanos y fallas en la desinfección de salas de UCI (Unidad de Cuidados Intensivos) por la excesiva rotación de pacientes, falta de mantenimiento en los ductos de enfriamiento, en los pisos y paredes, especialmente en las uniones de baldosas o cerámicas que son focos de incubación y desarrollo de bacterias nosocomiales.

### **1.1.3 Delimitación del problema**

La presente investigación se lleva a cabo en la ciudad de Guayaquil, Provincia del Guayas, República del Ecuador, en el período comprendido desde Abril hasta Agosto de 2015, el estudio se realizó mediante encuestas y entrevistas personales a una muestra de 384 personas, que equivale a una porción representativa de la población actual de la ciudad de Guayaquil que es de aproximadamente 2.589.229 de personas.

## **1.2 PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN**

La formulación de las preguntas abajo señaladas nos proporcionan ciertas directrices de la problemática abordada, a la vez que nos conducen a ciertas conclusiones, no obstante que estamos conscientes que las respuestas a estas pueden estar inducidas a ciertas cargas emocionales que no podemos modificarlas ni condicionarlas y están más bien en función de la

experiencias vividas por los ciudadanos cuando han recibido un servicio de salud por algún tipo de institución o profesional de la salud, por otra parte también en las respuestas incide el grado de involucramiento o vinculación que pueda tener el entrevistado con el área de la salud (papá, mamá, hermano, pariente o relación de dependencia, etc.), las respuestas son como sigue:

1. ¿Los centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil cumplen estrictamente con los protocolos estandarizados globalmente para el manejo hospitalario en procedimientos quirúrgicos y postquirúrgicos?
2. ¿Los médicos del sector de la salud pública y privada en la atención médica ambulatoria se ciñen a los protocolos idóneos y de cumplimiento estricto a la ética médica para el diagnóstico prescripción médica efectiva que no deriven en efectos secundarios y adversos y de mayor complicación para el paciente?
3. ¿Ante la comisión de iatrogenia a un paciente que deriva en ciertos grados de discapacidad permanente, patológicas crónicas existe una respuesta por parte del agente causante, es decir, el médico o el centro hospitalario de buscar procedimientos y soluciones alternativas médico quirúrgicas para la remisión del padecimiento sin que implique costo alguno?
4. ¿Existe una respuesta oportuna y eficaz por parte de los servicios de salud ante la necesidad de atención médica urgente por parte de los ciudadanos amparados en el sistema de seguridad social y la ciudadanía en general?
5. ¿Considera usted que existe de parte del Estado ecuatoriano un marco judicial y extrajudicial efectivo que permita la protección, rehabilitación y resarcimiento respecto a los daños provocados por la comisión de iatrogenia y mala práctica médica?
6. ¿Se implementan Métodos Alternativos para lograr la solución de conflictos en la prestación de servicios médicos?

7. ¿Dispone la Defensoría del Pueblo de Guayaquil de un Centro de Mediación y Arbitraje así como de competencia legal, para atender las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica?

### **1.3 JUSTIFICACIÓN**

La posibilidad de poder transigir ciertos derechos ha ocupado un espacio más amplio dentro del ámbito jurídico, puesto que la tendencia de simplificar las gestiones para que aquellos puedan hacerse efectivos ha ganado una mayor notoriedad, esto obedece a que se busca tratar judicialmente casos de mayor complejidad y que demanden un mayor esfuerzo litigioso, en ese sentido lo que pueda someterse a vías que reduzcan la judicialización se lleva a cabo en vías extrajudiciales, en este caso, la posibilidad de recurrir al arbitraje y mediación de la reclamación de indemnizaciones por responsabilidad civil por la comisión de iatrogenia y mala práctica médica es meritoria y procedente, porque no se persiguen aspectos punitivos y más bien lo que se pretende es afianzar el resarcimiento de un daño, porque se trata en cierta medida de que la indemnización equivale a un título el cual al constituirse en un aspecto retributivo económico o pecuniario, da lugar a que se pueda aplicar un procedimiento de reclamación de reparación y de adjudicación de valores, lo que obedece a un aspecto de un posible y lógico acuerdo de voluntades amparado en derecho, por lo que al ser dable un acuerdo en términos distintos a la rigurosidad procesal, entonces bien se puede acudir al arbitraje y mediación.

Se destaca que la reclamación de indemnizaciones por responsabilidad civil es transigible porque obedece a una perspectiva personalísima del interés del afectado, al no ser una situación que se relacione u obedezca al interés social o a la perspectiva y clamor de la opinión pública, entonces

perfectamente dicho tipo de reclamación es transigible, por ende se puede derivar esta reclamación dentro de una vía distinta a la judicial para llegar a un consenso ágil, efectivo y que contendrá presupuestos de legalidad al reconocerse dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la posibilidad de acudir a los tribunales de arbitraje y centros de mediación, esto con el fin de ejercer la reclamación de indemnizaciones civiles por comisión de iatrogenia y de mala práctica médica por parte de cualquier facultativo médico de cualquier tipo de centro de salud de ámbito público o privado de la república del Ecuador y concretamente de la ciudad de Guayaquil siendo la delimitación espacial donde se erige la propuesta de la presente investigación.

Los beneficios que reporta la propuesta consignada en el presente estudio, consisten en que mediante el arbitraje y mediación aplicado a las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica en Guayaquil, se generará una vía expedita que sirva como un medio de pronta solución de una probable reclamación indemnizatoria concerniente a los casos enunciados, por lo que se garantiza con presupuestos de mayor eficiencia la exigibilidad de la reparación o indemnización por los daños que se deriven en los casos por los cuales se presente una reclamación.

Adicionalmente, se indica como parte de los beneficios en relación al sistema de justicia, que éste se vería descongestionado por ofrecer una alternativa fuera de la esfera judicial, por lo que las reclamaciones por indemnización por responsabilidad civil ya no se ventilarían en los juzgados del mismo fuero competente, sino que se resolverían aquellas en los tribunales de mediación o en los distintos centros de mediación designados para el efecto, con lo que la función judicial no tendría que emplear sus recursos humanos, financieros y técnico-jurídicos para solucionar una causa que se origina y sustenta en una obligación generada que como se ha sostenido o afirmado tiene las características de ser transigible, y al ser tal, no habría razón para que se

ventile un proceso judicial civil por daños y perjuicios cuando existe una vía más rápida en lo que los incidentes son mínimos porque difiere de los otros tipos de reclamaciones económicas que se matizan, es decir, que se encuentren caracterizados por elementos constitutivos de mayor complejidad en razón con la obligación generada entre las partes.

En resumen, el elemento benéfico es que se dispone de una alternativa viable, confiable, legal y constitucional que propende a una gestión más efectiva en el reconocimiento de los derechos de las víctimas de la comisión de iatrogenia y mala práctica médica, quienes por el carácter grave y urgente que merece su compensación o indemnización, requieren y les asiste el derecho para optar por un procedimiento que satisfaga de mejor forma sus intereses considerando la posibilidad de acceder de un modo más directo a la gestión compensatoria, la que persigue no se dilate la concesión de un derecho que puede hacerse efectivo con mayor prontitud, lo cual opera en ese sentido en virtud de su trascendencia y porque sus características son propicias para resolverse de un modo más práctico y elemental. Tal elemento entonces se extiende a los beneficiarios o involucrados que son: la parte agraviada que reúna la condición de víctima; el médico o el establecimiento de salud público o privado que haya incurrido en la comisión de iatrogenia y mala práctica médica; el sistema de justicia; y, los centros de mediación y los tribunales de arbitraje en el Ecuador y de modo concreto en la ciudad de Guayaquil.

Se detallan estos beneficiarios por cuanto la víctima le asiste el derecho a la indemnización; el médico o el establecimiento de salud público o privado porque ante la comisión del acontecimiento lesivo está obligado o compelido por las normas constitucionales y del ordenamiento jurídico ecuatoriano a resarcir y reparar el daño proferido; el sistema de justicia que se verá beneficiado por la existencia de un procedimiento o mecanismo extrajudicial, el que ayuda a descongestionar su accionar al derivar las acciones

indemnizatorias a este tipo de vía; y, los centros de mediación y los tribunales de arbitraje de la ciudad de Guayaquil quienes acogerán las acciones indemnizatorias presentadas a fin de cooperar con la descongestión del sistema de justicia y de procurar el acuerdo entre las partes para precautelar derechos de características fundamentales.

#### **1.4 VIABILIDAD**

El arbitraje y mediación aplicado a las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica en Guayaquil es viable, porque al tratarse de este tipo de responsabilidad, los derechos que den lugar a las reclamaciones por indemnización son transigibles de acuerdo a lo que se prescribe por parte de los artículos 1 y 43 respectivamente de la Ley de Arbitraje y Mediación, esto obedece a las características antes detalladas que al tratarse de un interés personalísimo y que no compromete intereses de la ciudadanía en general, tornan a este tipo de reclamación en transigible ante los centros de mediación y tribunales de arbitraje constituidos en la ciudad de Guayaquil, situación que también es aplicable en el resto del territorio ecuatoriano.

Una de las formas por las cuales se puede instrumentar la legalidad de la reclamación por responsabilidad civil ante la comisión de iatrogenia y mala práctica médica en la ciudad de Guayaquil y en resto del territorio ecuatoriano, es mediante la aplicación de los artículos 2, literales b y c, 8, literal q, y 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en la que se especifica que el defensor del pueblo cuenta con el deber y la atribución de promover y ejercer la defensa de los derechos humanos y fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos.

En ese sentido, es dable que el Defensor del Pueblo promueva la defensa de los derechos humanos y fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos ecuatorianos, tal como consta en la Constitución en su artículo 215 y en la ley antes citada con los artículos previamente enunciados, con lo que este funcionario está plenamente facultado para incitar a que se resuelva el aspecto indemnizatorio, el que sin embargo, debe ser mejor instrumentado, por lo que se propone que se cree y se promulgue un proyecto de ley que faculte la transigibilidad de la reclamación de indemnización por responsabilidad civil del médico de los centros de salud públicos y privados en los casos de iatrogenia y mala práctica médica, los que puedan sustanciarse en los centro de mediación y ante tribunales de arbitraje ya que existen las precitadas norma que lo respaldan, por lo que el Defensor del Pueblo podrá cumplir con este cometido legítimo y legal de una forma mejor instrumentada jurídicamente como parte de un acuerdo extrajudicial.

Además el cumplimiento de la responsabilidad, en este caso la civil por parte de los médicos o personeros de los centros de salud públicos y privados, es parte del principio de solidaridad que se contempla en el artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, y al estar estipulada esta garantía la que es parte integrante también del régimen del buen vivir y del respeto a la vida digna que es una competencia que es correlativa al Estado. Entonces, al existir el principio de solidaridad la responsabilidad está implícita, esto consiste que el ser solidario es ser condescendiente con la situación provocada, por lo se debe y amerita resarcir el daño y rectificar o enmendar procedimientos que restituyan o mejoren la condición de salud del paciente, y por ende mejorar su calidad de vida y defender así su dignidad.

Los aspectos enunciados ratifican la viabilidad de la propuesta que se caracteriza en la presente investigación, porque al poder derivar el reclamo de las indemnizaciones civiles por vía del arbitraje y mediación, se ratifica que el marco legal es flexible y permite este acondicionamiento para el

beneficio de los involucrados antes detallados, específicamente para la víctima y el sistema judicial que recibirían directamente los beneficios del acontecimiento detallado.

## **1.5 HIPÓTESIS**

La aplicación del arbitraje y mediación respecto de las reclamaciones de indemnizaciones por responsabilidad civil de los médicos de los centros de salud públicos y privados por la comisión de iatrogenia o acto médico dañino y por mala práctica médica, es aplicable dentro del sistema jurídico ecuatoriano y concretamente en la ciudad de Guayaquil, ya que no existen impedimentos legales expresos ni aspectos de orden fáctico que imposibiliten su ejercicio, ya que se trata de un método alternativo para la resolución de conflictos, el que es reconocido por la Constitución de la República en su artículo 190, la aplicación de este método permitirá una reparación efectiva del daño en beneficio de la víctima.

Por lo tanto, al aplicarse el procedimiento descrito se genera un nuevo marco y procedimiento de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía, el cual se adecua dentro de la disposición de bienes trascendentales para el ejercicio de la vida digna y del buen vivir como es la salud que al ser menoscaba evidentemente da lugar al reclamo de indemnizaciones, que son parte del de los derechos a la curación, rehabilitación, y atención integral en salud como se reconoce en la Carta Magna en su artículo 363, numeral 1 y a la reparación integral por infracciones penales reconocido constitucionalmente en su artículo 78, porque la intención principal consiste en que los facultativos médicos reparen los daños producidos tanto en sentido médico como económico.

## **1.6 OBJETIVOS**

### **1.6.1 Objetivo General**

Elaborar una propuesta de reclamación por vía extrajudicial de las indemnizaciones por responsabilidad civil de los facultativos médicos de los centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil ante la comisión de iatrogenia y mala práctica médica mediante la aplicación del arbitraje y mediación.

### **1.6.2 Objetivos Específicos**

- 1) Analizar los referentes teórico-científicos, médicos y legales a fin de conocer y comprender las características de los componentes que son parte del problema que se investiga, a fin de contar con los presupuestos de conocimiento que permitan llegar a una solución.
- 2) Reconocer la percepción de la población guayaquileña respecto del problema que se investiga para su resolución, esto con la finalidad de identificar las necesidades verdaderas frente al mismo para la ejecución de su propuesta de solución.
- 3) Contribuir con la elaboración de una propuesta efectiva que permita resolver el problema en beneficio de los involucrados en la presente investigación, la que consiste en la creación del centro de Mediación y Arbitraje en la Defensoría del Pueblo que conozca y resuelva los casos de responsabilidad civil por la comisión de iatrogenia y por mala práctica médica.

## **1.7 VARIABLES**

**INDEPENDIENTE.-** La comisión de iatrogenia y mala práctica médica que genere responsabilidad civil de los facultativos médicos de los centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil.

**DEPENDIENTE.-** La ejecución de un procedimiento extrajudicial como el de arbitraje y mediación para la exigibilidad de una indemnización por responsabilidad civil de parte de los facultativos médicos de los centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil que hayan incurrido en iatrogenia y mala práctica médica en los pacientes.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 LA SALUD

Conforme a los significados atribuidos por parte de la Real Academia Española principalmente se indica que el vocablo salud proviene del latín *salus-utis*<sup>1</sup>, que trata del estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. Así mismo, se reseña entre otro de los significados que representa las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado.

En dicho sentido, al hablarse de una persona que goza del bien preciado de la salud, se supone que es porque está en la capacidad de poder realizar todas sus funciones orgánicas o fisiológicas de forma óptima, es decir, sin ningún tipo de contrariedad, obstáculo o impedimento, siendo tal estado medido o evaluado en el desempeño de la actividad física general en un momento específico.

La OMS manifiesta al respecto que: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Real Academia Española. Recuperado el 18 de Junio de 2015, de [http://lema.rae.es/drae/?val=salud](http://lema.rae.es/http://lema.rae.es/drae/?val=salud)

<sup>2</sup> OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. *Conferencia Sanitaria Internacional*, Nueva York. 1946 pág. 1.

Esta definición implica que este bien indispensable para el desarrollo de la vida humana requiere de una serie de valores integrales, los cuales se manifiestan en los planos descritos, lo que infiere que no se trata solamente de que no existan afectaciones a los distintos sistemas del cuerpo humano mediante la presencia de enfermedades.

Del mismo modo, la salud es un valor o un bien jurídico protegido, esto se trata porque es un derecho humano y fundamental, tal como lo reconoce la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 32 como base de los derechos del buen vivir, lo que se explicará con mayor desglose posteriormente, pero que sin embargo, no deja de ser importante señalar en el presente acápite este aspecto trascendental, ya que la salud no solamente es un estado biológico del ser humano, sino que también es un bien jurídico porque es indispensable para el desarrollo y realización de cualquier ser humano, en tal sentido adquiere la calidad de valor para que sea incorporada y reconocida como parte de los derechos humanos y fundamentales, esto se matiza en la esencia de que es un presupuesto natural y hegemónico para toda persona, por lo que se requiere de su jerarquización y protección como derecho dentro del ordenamiento jurídico.

### **2.1.1 El rol del estado y el derecho a la salud**

La Constitución de la República del Ecuador de Montecristi del 2008 que se encuentra en vigencia (Art. 32 Derecho a la salud); la salud se constituye en un derecho garantizado por el Estado Ecuatoriano.

El Estado ejercerá la rectoría del sistema de salud público por medio del Ministerio de Salud Público que es la autoridad sanitaria nacional. Esta secretaría de estado que reporta directamente al Presidente Constitucional de la República del Ecuador tiene la competencia de normar, regular y controlar todas las actividades que tienen que ver con la salud de los ciudadanos en el Ecuador. Así también, implementará estrategias

conducentes a que los objetivos operacionales de las entidades del sector funcionen de manera eficiente y efectiva (Art. 360 y 361 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008).

## **2.2 LA ENFERMEDAD**

Respecto de la enfermedad se aporta el siguiente concepto:

“Se considera la enfermedad como un modo de vivir aflictivo, anómalo y reactivo a una alteración del cuerpo que hace imposible la vida biológica (enfermedad letal) impide o entorpece transitoriamente la realización de la vida personal (enfermedad incurable) o limita de un modo preciso y definitivo (enfermedad incurable, residual o cicatrizal)”.<sup>3</sup>

Como se puede apreciar, la enfermedad implica un trastorno dentro los niveles adecuados del bienestar de todo ser biótico, concretamente del ser humano, porque no se pueden desarrollar las actividades o funciones del organismo con normalidad o regularidad, atentando contra la vida en el caso de las enfermedades catalogadas como letales, o que ocasionan molestias en la cotidianidad de cualquier individuo como las enfermedades incurables, las que también se presentan en aquellos casos que una función del cuerpo humano se vea suspendida con un carácter definitivo, pudiendo ser este mismo tipo de enfermedad de clase residual o cicatrizal.

### **2.2.1 Causas comunes a la enfermedad**

Existen muchos enunciados respecto a los desencadenantes que provocan una condición de salud deteriorada en las personas, y que pueden estar en

---

<sup>3</sup> ENTRALGO, Pedro Laín. *La Salud y la Enfermedad*. En R. Carmona, M. Dalman, & M. Faz, *Bases de la Medicina Interna Etiología, Fisiopatología y Semiología* Barcelona: Toraz. 1987 pág 6.

el campo fisiológico o psicológico, y los podríamos resumir en cinco causas comunes, y estas son:

1.- Los parásitos que están presentes en alimentos de comidas rápidas que tienen un mal manejo de higiene.

2.- Los virus, cuyos vectores o medios de contagio puede ser el mismo hombre como es el caso del chikunguya, gripe, hepatitis, SIDA, etc.

3.- Las bacterias, que pueden ser transmitidas de diferente manera, bien puede ser de persona a persona, de animales a personas, en lugares de hacinamiento humano, en casas de salud, o se exacerban cuando el sistema inmunológico está deprimido siendo huéspedes permanentes en nuestro organismos etc.

4.- Los hongos, que están presentes en el medio ambiente, y principalmente en ciertos alimentos caducados o descompuestos. Según el Dr. Tullio Simoncini, experto oncólogo e investigador en la cura del cáncer, en su libro “El cáncer es un hongo” sostiene que el hongo *Cándida Albicans* que habita en nuestro organismo, pero cuando nuestro sistema inmune está débil se exacerban, multiplicándose y formando grandes colonias, suele crecer en las áreas de la mucosa como la boca, vagina, y el recto, y viajar por el torrente sanguíneo afectando los intestinos, las válvulas cardíacas y la garganta, al crecer desmedidamente produce una infección fúngica y mutar las células de buenas a cancerígenas y afectando muchos órganos.

5.- La contaminación desde el medio ambiente.

5.1.- La contaminación con metales pesados, es otra de las causas para el apareamiento de enfermedades, estos metales pesados los ingresamos a nuestro organismo por diferentes vías: el aluminio por medio de los utensilios de hogar que utilizamos; medicamentos, agua de grifo que es tratada con alumbre o sulfato de aluminio, etc.; el mercurio por las

amalgamas dentales, algunos tipos de pescado de mar, vacunas etc.; el arsénico en los insecticidas, pesticidas, smog, humo de tabaco, etc.; el cadmio por las baterías de los celulares, estabilizantes de PVC, pinturas, soldaduras, fertilizantes, combustión vehicular; el plomo por la gasolina de los vehículos, tintura de cabello, pinturas ,etc.

5.2.- La contaminación radioeléctrica, por ruido, por ondas de baja frecuencia, el ritmo de vida o presión social y económica. Todos estos agresores externos bajan o deprimen el sistema inmunológico, producen un desbalance en el organismo y convierten nuestro organismo en un caldo de cultivo para el apareamiento de muchas enfermedades.

### **2.3 EL TRATAMIENTO MÉDICO**

Para que exista un tratamiento médico efectivo, se debe identificar primeramente las causas que han originado la enfermedad, el médico debe realizar una atención médica que considere los protocolos debidamente estandarizados, tales como: examen clínico prolijo directamente en el paciente, interrogatorio a base de una comunicación efectiva, y valoración con exámenes si es necesario, para luego identificando la causa de la enfermedad proceder a emitir un diagnóstico o identificación de la enfermedad, se está creando una práctica recurrente sobre todo en los centros de salud públicos de diagnosticar por la sintomatología, y prescribir indiscriminadamente tratamientos generales para aliviar el dolor y fiebre y desinflamar, lo que no es correcto por cuanto la mayoría de los analgésicos y antiinflamatorios son hepatotóxicos.

Al contar con un diagnóstico correcto, es el momento clave para la planificación del tratamiento a seguir y diseñar las estrategias que se implementaran para remitir la enfermedad, el punto de inflexión es

precisamente cuando se emite el diagnóstico, y es aquí precisamente que por lo general se presentan los casos de cometimiento de iatrogenia y mala práctica médica, por cuanto el facultativo incurre en errores de imprudencia, negligencia, impericia, conduciendo a los actos dañosos y complicando mayormente el estado de salud del paciente.

Al haber procedido correctamente en la identificación de la causas que originaron la enfermedad, el tratamiento debe tener un enfoque holístico, que no sólo contemple el cuerpo físico sistémico del paciente, sino también sus emociones, entorno familiar, social, laboral, medio ambiental, y sobre todo su perfil nutricional, que por evidencia empírica son desencadenantes de muchas enfermedades. En el proceso del tratamiento los médicos tienen preferentemente como primera opción la terapia con farmacéuticos cuyos principios activos son moléculas sintéticas o químicas de laboratorio, que en muchas ocasiones acarrear efectos secundarios y a veces más postrantes que la misma enfermedad, drogas que reducen la capacidad cognitiva y que crean dependencia, y la cirugía o mutilación de órganos que desencadenan discapacidad y carga para la sociedad.

La Ley Orgánica de la Salud, en el capítulo que tiene que ver con los derechos y deberes de las personas y del estado en relación con la salud, determina en 12 literales que conforman el art. 7 los derechos de las personas sobre la salud. Para que el tratamiento deba ser perfectamente consensuado entre el médico y el paciente, advertido de manera clara y transparente de los efectos y riesgos que se puedan presentar, así como seguimiento y una comunicación de línea abierta que no implique costo alguno a la presentación de alguna adversidad, y proceder de inmediato al cambio de tratamiento si esta no resultare amigable con el paciente, con lo anotado podemos observar que el post-tratamiento es un servicio del médico que a más de agregarle un plus, permite el aseguramiento en la convalecencia y cura del enfermo.

### **2.3.1 Protocolos globalizados de procedimientos quirúrgicos y postquirúrgicos**

En el contexto mundial las pautas que se deben seguir para llevar a cabo los protocolos en procedimientos quirúrgicos y postquirúrgicos los define la Organización Mundial de la Salud OMS como entidad rectora de la salud a nivel global, y sirven de marco para adaptarlas en diferentes países del mundo. El respeto estricto a los protocolos garantiza una exitosa intervención quirúrgica del paciente y consecuentemente una recuperación postquirúrgica exitosa. No nos vamos a detener en esta investigación a describir en detalle los protocolos que se siguen para llevar a cabo una intervención quirúrgica, ya que sólo el manejo de instrumentación médica requiere una especial dedicación por la importancia que reviste esta temática dado que en gran número los errores médicos se originan por olvido de algún instrumento o material médico dentro del paciente, de allí que el rigor en los protocolos es meticuloso y extenso, por tal razón lo veremos de forma general describiendo cada evento, sin pormenorizar.

Hemos considerado un manual de seguridad implementado por el Ministerio de Salud Pública de Colombia cuyo marco teórico está basado en el Protocolo de Londres, este manual lo han denominado “mejorar la seguridad en los procedimientos quirúrgicos”.

Según la OMS, la cirugía mayor es “todo procedimiento realizado en quirófano que permite la incisión, escisión, manipulación a sutura de un tejido, generalmente requiere anestesia regional, general o sedación profunda para controlar el dolor”

Es decir que, un procedimiento quirúrgico no se lleva a cabo únicamente en un quirófano, se realizan también en salas de procedimientos (de baja o

mediana complejidad), en los servicios de urgencias (UCI), consultorios especializados de odontología, unidades de gastroenterología, servicios de radiología intervencionista entre otros.

De acuerdo con la estructura del proceso, la atención quirúrgica tiene 3 fases según su relación con el acto quirúrgico:

### **1.- Pre-quirúrgica**

Es la fase que precede a la cirugía y en donde suceden una serie de momentos necesarios para su correcta ejecución en los cuales existe interacción entre varias personas. En esta fase el paciente pasa por un proceso en el que tiene contacto con profesionales y técnicos que conforme a sus responsabilidades ofrecen información, aclaran dudas clínicas y administrativas, realizan revisión detallada de la documentación requerida y de la historia clínica previa; todo esto para garantizar que el procedimiento sea llevado de manera exitosa.

### **2.- Fase quirúrgica**

Intervienen en conjunto todo el personal de las instituciones de salud, un equipo de trabajo que incluye personal administrativo técnico y profesional, anestesiólogos, médicos generales, médicos especialistas de todas las disciplinas, instrumentadores, personal de apoyo terapéutico e incluso personal de farmacia quienes garantizan que los insumos estén completos y en el momento preciso, personal de servicio para desinfección de salas y de soporte de equipos biomédicos respectivamente.

### **3.- Fase post-quirúrgica**

Esta fase aunque no implica los riesgos propios de una intervención quirúrgica, tiene una importancia única en la recuperación del paciente, en esta fase se tienen que tomar todos los cuidados necesarios para que evitar

una infección nosocomial tales como: la infección urinaria relacionada con el uso de la sonda vesical, la infección del sitio quirúrgico relacionado con el procedimiento quirúrgico, y la neumonía nosocomial que es la infección más temida y que en la mayoría de las veces tiene desenlaces fatales en los pacientes y está relacionada con el sistema de ventilación y enfriamiento de salas y la bacteriemia por dispositivos intravasculares.

Para mejorar la seguridad de los pacientes quirúrgicos, el Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud (CENETEC) para los equipos de quirófano, de México elaboró una guía de práctica clínica denominada Intervenciones Preventivas para la Seguridad en el Paciente Quirúrgico, donde destaca que las medidas para hacer de un acto quirúrgico un procedimiento más seguro empiezan con una adecuada preparación del paciente y hace una serie de recomendaciones en los siguientes aspectos:

- **Prevención de la infección en la herida quirúrgica:** bañar bien al paciente la noche anterior al procedimiento, no hacer uso de cuchillas de rasurado, aplicar el estricto protocolo de higiene de manos, no utilizar campos quirúrgicos auto-adheribles en forma rutinaria, preparar la piel antes del procedimiento con clorhexidina o usar povidona iodada.
- **Prevención de eventos vasculares:** En pacientes sometidos a cirugía no cardíaca no se recomienda el uso de beta-bloqueadores ni de alfa2-agonistas como prevención de eventos cardiovasculares; en pacientes en tratamiento con Ácido Acetil Salicílico sometidos a cirugía no cardíaca, no se recomienda retirarlo en forma rutinaria, se deben evaluar en forma individualizada los riesgos vs. Los beneficios.
- **Prevención del tromboembolismo venoso:** todo paciente que va a ser internado quirúrgicamente y hospitalizado posteriormente debe recibir algún método eficaz para la prevención de complicaciones trombóticas, además se recomienda usar medias de compresión preferiblemente graduadas hasta la cadera o el muslo, si no existe contraindicación; se

debe caracterizar el riesgo de trombosis venosa profunda y de tromboembolismo pulmonar para definir las medidas de prevención”<sup>4</sup>

### **2.3.2 Normas globales de prescripción médica**

Al tratarse de normas globales automáticamente estamos involucrando a la organización mundial de la salud OMS, organismo que diseña y marca las pautas en todos los eventos que involucre la salud pública, en todos los países del mundo. En relación a la prescripción de un medicamento, el médico debe considerar varios aspectos que se constituyen fundamentales tales como: eficacia clínica contrastada, información completa sobre farmacocinética, biodisponibilidad, efectos adversos, contraindicaciones, dosificación, costo económico. El código Hipocrático se constituye en un marco ético, que guía al médico en el momento de prescribir, que en su accionar prevalezcan los intereses del paciente, en procura de su bienestar y que no sean los intereses comerciales, que a base de una intensa estrategia de marketing y ventas la industria farmacéutica quiere imponer sus patrones farmacéuticos.

La prescripción médica tiene una importancia relevante en el acto médico, y es así que el Ministerio de Salud Pública según acuerdo ministerial No-00001124 del 7 de Diciembre de 2011, publicado en el R.O. No- 615 del 100 de Enero de 2012, se expidió el instructivo para el uso de la receta médica, con el fin de regular y controlar la prescripción y dispensación de medicamentos y dispositivos médicos en las unidades de salud del Ministerio de Salud Pública, que a fin de optimizar el tiempo de prescripción de la receta durante la atención que presta el profesional habilitado, con el propósito de favorecer a los usuarios de las unidades de salud del Min. De Salud Pública se hizo necesario reformar el Reglamento de medicamentos y control administrativo financiero y el Instructivo para el uso de la receta

---

<sup>4</sup> [www.minsalud.gob.co/sites/rid/lista/bibliotecadigital/RIDE/DE/CA/seguridad-procesos-quirurgicos-pdf](http://www.minsalud.gob.co/sites/rid/lista/bibliotecadigital/RIDE/DE/CA/seguridad-procesos-quirurgicos-pdf)

médica y con memorándum No- MSP- SNGSP- 2014 – 0431 del 22 de Abril de 2014 reforma el Reglamento en el Instructivo para el uso de la receta médica, según artículos 1 y 2 y es como sigue:

**“La prescripción de uno o más medicamentos y dispositivos médicos en la receta médica se realizará con letra legible y contendrá su nombre genérico sin siglas ni abreviaturas, su cantidad a dispensar en números y letra y la firma y el sello de prescriptor”**

## **2.4 LA IATROGENIA**

**“La iatrogenia es aquel daño que el enfermo no tenía y que tiene por causa el propio médico, o en un sentido más amplio, el que se deriva de la atención médica. Puede ser psicológica, cuando daña la integridad psíquica del individuo y sus principios ético-morales, que incluso pueden repercutir en agravamiento de enfermedades orgánicas; y puede ser no psicológica cuando daña la integridad física del individuo”<sup>5</sup>**

Se considera que la iatrogenia es el perjuicio ocasionado a un paciente cuando aquel no tenía problema relacionado previo a la aparición del daño producido, el mismo que es causado por la atención o intervención del facultativo médico, dejando secuelas físicas y psicológicas comprometiendo su condición de salud y la vida del paciente, por lo que es necesario que se aplique procedimientos tendientes a mejorar el estado de salud afectado en el paciente.

---

<sup>5</sup> ACOSTA PIEDRA, Yanet, & PIEDRA HERRERA, Blanca (2011) Revista Hospital Psiquiátrico de la Habana. Recuperado el 18 de Junio de 2015, de <http://www.revistahph.sld.cu>: <http://www.revistahph.sld.cu/hph0111/hph14111html>

En palabras del artículo publicado por “Contrainfo periodismo para pensar” se reconoce entre otros tipos de iatrogenia<sup>6</sup>, siendo aquellas:

- Iatrogenia medicamentosa
- Psicoiatrogenia
- Iatrogenia quirúrgica
- Iatrogenia en infectología

#### **2.4.1 Causas**

Como desencadenantes de la iatrogenia tenemos innumerables causas que inciden de manera directa en el estado de salud de los pacientes, de allí que el marco jurídico del Ecuador establece de manera clara y precisa como debe ser la actuación de un profesional de la salud. Lo explica de manera clara la Ley Orgánica de la Salud en el artículo 201 que dispone que el acto de los médicos debería ser de calidad, eficaz y siempre buscará el mayor beneficio para los pacientes teniendo en cuenta los derechos humanos y los principios bioéticos. Una actuación contraria al fiel cumplimiento de principios generalmente establecidos conduciría al acto médico dañino que incide en un deterioro de la salud del paciente provocando en muchos casos lesiones y en otros la muerte del paciente. Podemos enumerar muchas causas que nos han transmitido en las encuestas las personas entrevistadas y otras que son de conocimiento y dominio público, tales como:

- Diagnóstico erróneo por incumplimiento del proceso o protocolo que se debe seguir en la atención médica.
- Tratamientos médicos no seguros, esto tiene que ver con medicamentos con alta carga de efectos secundarios.

---

<sup>6</sup> Contrainfo periodismo para pensar. (19 de Junio de 2013). Recuperado el 24 de Junio de 2015, de <http://www.contrainfo.com>: <http://www.contrainfo.com/10128/iatrogenia-o-iatrogenicidio/>

- Desactualización del vademécum o desconocimiento del universo de medicamentos existentes en el mercado, que promueve a la sustitución del medicamento recetado por equivalentes, y que según la percepción del boticario o despachador de farmacia tendrían el mismo efecto terapéutico.
- Prescripción de medicamentos que pueden provocar interacción con otros medicamentos que está siendo suministrado por el paciente.
- Errores o falta de legibilidad al escribir la receta (cuando es en manuscrito) que dificulta la identificación precisa del medicamento prescrito.
- No considerar los posibles efectos negativos del medicamento recetado.
- Sobrecarga medicamentosa en el uso de antibióticos que conlleva a la resistencia bacteriana.
- Diagnóstico psiquiátrico o psicológico erróneo, en donde la conducta o sintomatología del paciente no tiene que ver con una patología conductual psiquiátrica, sino más bien por un desbalance bioquímico coyuntural que se resuelve con una terapia diferente.
- Negligencia médica o procedimientos inadecuados (mala praxis).
- Rechazo por parte del médico a considerar como válidas ciertas sintomatologías que padece el paciente y sugiere a éste que se limite a una sola sintomatología a tratar, desconociendo que en medicina “uno más uno no es siempre dos” y que el organismo es sistémico; por ejemplo, la fibromialgia que produce multiplicidad de dolores debe ser investigada y tratada de forma diferente que cualquier otra neuralgia.
- Infección nosocomial que aparece durante las primeras cuarenta y ocho horas de hospitalización del paciente.
- Subestimar el padecimiento de afecciones musculares, sensoriales, nerviosas o mentales de los médicos cuando van a realizar intervenciones quirúrgicas y otros procedimientos de cuidado.

- Experimentación en pacientes con medicamentos que recién se están introduciendo al mercado, este acto no guarda relación con la ética médica.
- Rechazo por parte de los médicos a tomar en consideración los efectos secundarios que producen ciertos medicamentos, que conllevan a un estado de padecimiento y dolor del paciente.

### 2.4.2 Características

Partiendo de la conceptualización de la iatrogenia, que es el acto médico dañino podemos enumerar algunas características que describen este acto que contraviene la norma clásica de “ante todo no hacer daño” (primum non nocere) base fundamental de la ética médica:

- Falta de ética médica, irrespeto a los principios consagrados en el juramento hipocrático.
- Agudizamiento de la condición de salud del paciente.
- Presentación de lesiones y daños de órganos comprometidos por el tratamiento médico.
- Abandono de la terapia en clínica o tratamiento médico por agudización de los efectos secundarios que lleva consigo el uso de los medicamentos prescritos por el médico.
- Falta de empatía y relación interpersonal por parte del médico tratante para facilitar la comunicación efectiva en doble vía, etc.

### 2.4.3 Tipos de iatrogenia

Según artículo publicado por “Contrainfo periodismo para pensar” se reconoce entre otros tipos de iatrogenia:

- **Iatrogenia medicamentosa** que puede producirse por defectos posológicos, por toxicidad primaria de la droga que produce efectos

colaterales; por sus propiedades teratogénicas; por crear dependencia; por producir daño anatómico, funcional o metabólico; por provocar hipersensibilidad.

- **Psicoiatrogenia** que se produce por las palabras o gestos lesivos para el paciente provocando inseguridad, humillación, desconfianza, estimular su hipocondría. Los diagnósticos precipitados que pueden quedar fijados en el paciente y es muy difícil rectificarlos posteriormente.
- **Iatrogenia quirúrgica** producida por insuficiente evaluación clínica prequirúrgica; por errores técnicos generalmente por falta de planeación prequirúrgica; por no haber establecido diagnóstico ni pronóstico; descuido y mala vigilancia del post-operatorio; intervenciones innecesarias justificadas a medias o simplemente no justificadas; el cirujano no estaba capacitado para realizar determinada intervención.
- **Iatrogenia en infectología**, las dos terceras partes de las infecciones que se desarrollan en los pacientes hospitalizados son: infecciones de las vías urinarias, infecciones de la herida quirúrgica, las neumonías y las bacteriemias estrechamente relacionadas con procedimientos invasivos.

#### 2.4.4 Consecuencias

La iatrogenia producida por el acto médico dañino tiene un múltiple impacto:

- En lo laboral que provoca el ausentismo del paciente y conlleva una carga pecuniaria del patrono, restricción remunerativa del paciente producto de incentivos no ganados hasta la pérdida del trabajo
- En el aspecto familiar hay dolor, pesar, preocupación e incertidumbre.
- En el aspecto socioeconómico trae carga y gastos para el estado.
- La consecuencia más grande es el sufrimiento y dolor del paciente.

## 2.5 LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

La mala práctica médica consiste en:

**“Toda acción médica errada de acuerdo a la opinión de expertos médicos; esto significa que no se define por la opinión del paciente o de sus familiares y amigos, y que tampoco puede definirse por la opinión del juez que participa del caso, cuya misión es definir la culpabilidad de la mala praxis y la magnitud del resarcimiento del perjudicado”<sup>7</sup>**

La mala práctica médica en sí, representa un procedimiento desprovisto del debido cuidado o producto de la negligencia o falta de experticia, sumado a la falta de ética profesional médica, todo esto conduce en acciones inapropiadas que causan daño a la salud del paciente inclusive comprometiendo su vida.

Interpretando las ideas de Aguirre-Gas & Vásquez- Estupiñan, a decir de su consideración, la mala práctica médica consiste en un error, que se puede manifestar al momento de la disposición y ejecución de un criterio médico, lo cual se produce porque el ser infalible de forma absoluta es prácticamente imposible, porque el errar es una de las características de la condición de ser humano. Por tal razón, la mala práctica médica es concebida como parte de las equivocaciones que dentro de su experticia es propenso el médico a incurrir<sup>8</sup> (497).

---

<sup>7</sup> PÉREZ, Susana . *enplenitud.com*. Recuperado el 19 de Junio de 2015, de <http://www.enplenitud.com: http://www.enplenitud.com/malapRACTICA-medica.html>

<sup>8</sup> AGUIRRE-GAS, Héctor Gerardo, & VÁSQUEZ- ESTUPIÑAN, Felipe. *El error médico. Eventos adversos. medigraphic Artemisa*, 2006. 495-503.

Conforme a la legislación ecuatoriana, en el artículo 146 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) en adelante COIP, se establece un concepto o precisión jurídica aproximado a la figura de la mala práctica médica, dado a que en él existe la delimitación en un alcance diferente y de mayor amplitud de la punición, esto en el caso de incumplir con los deberes profesionales en relación del debido cuidado y experticia profesional, por lo que al respecto se menciona:<sup>9</sup>

**“Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.-**

La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción a; deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.

---

<sup>9</sup> Código Orgánico Integral Penal. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones . 2014. Art. 146.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”.

Podríamos mencionar sólo a nivel nacional innumerables casos de negligencia médica que han derivado en la muerte de los pacientes y que encajan perfectamente en la tipificación del delito que señala el artículo 146 del Código Integral Penal, sobre homicidio culposo por mala práctica médica, citaremos un caso internacional que impacto al mundo entero acontecido en Cuba, según noticia del Diario el Comercio del 15 de Enero de 2010 en Actualidad, sobre la muerte de 26 enfermos psiquiátricos por negligencia médica e hipotermia en el Hospital Psiquiátrico Cmdte. Dr. Eduardo Bernabé Ordaz Dugungé antes Mazorra de la Habana Cuba, aunque por información extraoficial se conoce que el total de muertos es de aproximadamente 40 pacientes psiquiátricos, cuyo estado de salud era similar a los judíos de los campos de concentración nazi, presentaban extrema desnutrición y huellas de maltrato, y eran sometidos a electroshock y baños de agua fría en la madrugada, vendían los alimentos, cobijas, medicinas, etc. de los pacientes en el mercado negro, sin considerar que eran ancianos y tenían un estado de salud deprimente. En su mayoría los pacientes pertenecían a la sala Enrique Núñez, este caso demuestra una clara comisión de mala práctica médica, y por tal razón la mayoría de los médicos del hospital fueron juzgados con penas de reclusión de hasta 15 años.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> [www.elcomercio.com-actualidad-26muertos-HospitalPsiquiatrico-cuba](http://www.elcomercio.com-actualidad-26muertos-HospitalPsiquiatrico-cuba)

### **2.5.1 Causas**

Siendo que la mala práctica médica es la actuación culpable en el ejercicio profesional de los médicos; el acto dañoso que ocasiona el médico no solamente se manifiesta en la culpabilidad que este tiene al propiciar un daño en los pacientes, bien sea por una acción voluntaria, o el deseo de exprofesamente producir un daño que en su calificación se lo toma como doloso, a más de esto el descuido, la falta de previsibilidad, el irrespeto a los protocolos generalmente establecidos, la impericia la imprudencia, negligencia conllevan a un desenlace fatal para el paciente, es decir, la muerte; configurándose con esto los tipos de responsabilidad dolosa y culposa.

### **2.5.2 Características**

La característica principal de la mala práctica médica es que existe la intención de causar daño o dolo y la negligencia médica que está bien explícito en el Código Orgánico Integral Penal artículo 146.

La mala práctica médica se perpetra en lugares clandestinos, o al margen de la ley, los médicos por lo general carecen de experticia que le otorguen suficiencia profesional, adquieren certificaciones de pocos meses y luego aducen ser especialistas en alguna disciplina médica, con más frecuencia ocurre esto en cirugía estética, quiropraxia, optometría, etc., sumadas a las características indicadas al cometimiento de iatrogenia.

### **2.5.3 Consecuencias**

La consecuencia más relevante es la pérdida de una vida humana, cuyo aporte en la familia, en la sociedad y en el ámbito en que se desenvolvía puede tener una connotación incuantificable.

#### **2.5.4 Diferencias entre iatrogenia y mala práctica médica**

Aunque ambos representan un atentado a la integridad del paciente, difieren sustancialmente en el resultado que producen. En el caso de la iatrogenia, aquella se produce cuando el médico procede en el tratamiento de un paciente sin aplicar concretamente un criterio justo, es decir, con los procedimientos adecuados y pertinentes para la situación del paciente; lo que deriva en que se manifiestan problemas o molestias en su salud, y el médico de forma consciente le corresponde advertir al paciente y sus familiares de las ventajas y de los riesgos en el caso de elegir entre un procedimiento quirúrgico o tratamiento, para poder cumplir con el fin de curar o aliviar el cuadro de afección a la salud que se presente.

En el caso de la mala práctica médica al igual que los desencadenantes de la iatrogenia, se presenta por un factor de marcada negligencia, ya que se elige o se practica un procedimiento inadecuado para el paciente, esto pese a la experticia médica, lo que produce como resultado enfermedades catastróficas, discapacidad o la muerte del paciente.

En conclusión en la iatrogenia se hace lo que no es debido y se presenta un daño o agravamiento del estado de salud del paciente, en tanto que en la mala práctica médica al elegir un procedimiento inadecuado se propicia a la muerte del paciente, generando la figura de la responsabilidad médica la que se tratará posteriormente.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> AMARILLO, Denise., CARRIZO, Gimena., & GAILLE, Belén. (12 de Junio de 2014). Prezi. Recuperado el 19 de Junio de 2015, de <https://prezi.com>: <https://prezi.com/zqjiytj1p4kn/iatrogenia-y-mala-praxis/>

## 2.6 LA ÉTICA MÉDICA

### 2.6.1 La responsabilidad médica

La responsabilidad médica es un concepto tan antiguo como es la civilización y la historia da cuenta que en el año 2392 a.C., el rey Hammurabi creó el código que lleva su nombre, donde dedica algunos artículos de los 282 que lo conforman a las faltas que cometieran los médicos y los castigos que recibirían por la comisión de esos actos dañinos, y entre tantos enunciados a que hace referencia este código podemos resaltar el que dice "si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo se le deberán cortar las manos"<sup>12</sup>.

La responsabilidad médica va atada de forma indisoluble de la responsabilidad profesional que los profesionales de la salud deben tener en el ejercicio de su profesión que se inicia desde el primer contacto con el paciente en la atención médica ambulatoria u hospitalaria, el examen clínico, diagnóstico, prescripción médica, procedimientos, intervención quirúrgica, etc., el Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador consagra la salud como un derecho y además el estado garantiza su fiel cumplimiento, en concordancia con los derechos que son garantizados a toda persona, en el Art. 53 de la misma Constitución establece que: **"Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.**

**El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios**

---

<sup>12</sup> Formación en Responsabilidad Profesional. Tomado de la página de Internet : <http://www.aeds.org/responsal.htm>

**públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”<sup>13</sup>** Toda persona que sea responsable por mala práctica profesional, estará sujeto a una reparación en relación a la responsabilidad civil o penal que haya producido la comisión del acto dañino en el ejercicio profesional.

La legislación ecuatoriana dedica principal atención a los daños que pueda ocasionar cualquier actividad profesional y sobre todo si esta provoca daños materiales o morales a las personas que recibieren un servicio, en los artículos 2241 y 2211 del Código Civil se preceptúa la responsabilidad de cualquier acto profesional y principalmente de la profesión médica que en la mayoría de los casos actúa al límite entre la vida y la muerte. La respuesta que debe dar el médico a una serie de circunstancias frente a determinados valores que son el rasgo humano y técnico de su profesión, con lo que se trata de erradicar esa visión estrictamente tecnificada de una disciplina, en este caso lo mencionado converge con una de las posturas más prácticas y humanistas en lo referente al trasfondo de la responsabilidad médica, por lo que se acoge en las siguientes líneas:

**“El cuerpo médico como todas las demás corporaciones no pueden ser la nuestra una excepción- cuenta con gente indigna que podría entregarse a los mayores excesos sin el freno saludable de una responsabilidad moral, jurídicamente exigible y con la posible condena. La responsabilidad, que es una vivencia amplia y profundamente humana es también, por tanto, una vivencia amplia y profundamente profesional en todas las ocupaciones, oficios y actividades. Ciertamente que cada profesional tiene su carácter propio, su fisonomía especial, inconfundible con la de otras profesiones: su historia, sus costumbres, sus hechizos, enigmas y misterios, la psicología individual y**

---

<sup>13</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 53

**colectiva, peculiar de quienes la ejercen. Pero en principio, ninguna actitud profesional por elevada que sea puede atribuirse graciosamente, sin ningún género de irresponsabilidad, ni reivindicar impunidad alguna”<sup>14</sup>**

A su vez se agrega entre otra de sus expresiones:

**“Tener conciencia de la responsabilidad es tener conocimiento cabal de las propias limitaciones y negligencias, pues cuando se sabe en qué consisten, se pueden sacar de ellas buen partido simplemente con solo saber y reconocer que existe. Aunque a muchos les parezca extraño, la verdad es que “este reconocimiento y este admitir la existencia de defectos propios es un factor de la mayor importancia en la elaboración de eso que llamamos una perfecta personalidad”. El médico debe comportarse como hombre consciente de su responsabilidad y del puesto que en la vida le corresponde”.<sup>15</sup>**

De las expresiones antes citadas, se destaca que la responsabilidad del médico se extiende a dos aspectos principalmente, estos son: el resarcimiento del daño y el cumplimiento de una condena, ambos se producen por la comisión de un acto que atente contra la salud, el bienestar y la propia vida del paciente; en otras palabras, se produce o genera la responsabilidad civil y penal de los médicos, los cuales deben asumir su deber de responder ante las consecuencias desfavorables de su gestión o intervención para con el paciente que les corresponde atender.

Evidentemente, el ejercicio de toda profesión conlleva la manifestación del elemento de la responsabilidad, puesto que a pesar de que existen las

---

<sup>14</sup> URIBE CUALLA, Guillermo. La responsabilidad médica. Revista de la Facultad de Medicina, 1995, Págs. 554-555.

<sup>15</sup> *Ibíd*em

características propias de cada labor y la perspectiva propia de cada profesional, no se puede negar que la interrelación de la actuación de todo tipo de profesión afectará en una medida u otra a quien es el destinatario del servicio, de tal modo que la labor médica es una tarea que demanda un superlativo índice de responsabilidad en comparación a otras profesiones, esto se debe porque se trabaja para la salud y la vida del paciente, siendo un bien jurídico protegido de mayor connotación respecto de otros intereses o derechos de las personas destinatarias de un bien o servicio, es así, que por ser ese bien el que se verá constantemente comprometido es que amerita el concurso de la responsabilidad médica dentro de sus tipos señalados dada las circunstancias lesivas que se pueden producir, esto porque se debe compensar o resarcir el daño cuando sea este el resultado de un hecho, un acto o una conducta.<sup>16</sup>

La responsabilidad jurídica nace cuando los efectos de un acto, omisión o conducta, trascienden el campo personal del sujeto y genera consecuencias en su entorno<sup>17</sup>.

Cuando la acción derive en el delito de muerte u otras circunstancias, o que comprometan la vida o que dejen secuelas irreversibles como consecuencia de la negligencia o mala práctica médica, configura una conducta antijurídica. Haciendo una analogía a lo que dice PEIRANO FACIO respecto a la explicación que hace para la aplicación de la Ley de Aquilia: Que quien ocasionó el mal haya actuado *sin* derecho (iniuria), es decir que su conducta carezca de justificación jurídica; y que el daño afecte al dueño de la cosa.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 10ma ed., Temis, Bogotá, 1998. Se hace referencia a hechos cuando estos son producidos por cosas y la responsabilidad será indirecta o compleja y al referirse a actos o conductas cuando se trate de resultados de acciones que han sido llevadas a cabo por personas y que estas hayan producido daño y sobre las que recaerá la responsabilidad directa.

<sup>17</sup> NEGRET ROA, Natalia. Acción Directa del Beneficiario en el Seguro de Responsabilidad Civil Médico

<sup>18</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual, Cit., pp. 104,105,106,107

La conciencia, la sensibilidad y la humanización del profesional son importantes, sobretodo en la labor del médico, por lo cual al hacer la mención que dentro del ejercicio de ciertas acciones profesionales se requiere de la existencia de un freno, esta expresión pretende señalar que es imperativo que en el desempeño de labores médico profesionales, en el caso concreto de la labor médica concorra la presencia de ciertas limitantes que impidan la comisión de ciertas arbitrariedades o posturas muy personalistas, las cuales atentan contra la prestación de un servicio adecuado, porque las posturas inflexibles y la falta de conciencia para la realización de ciertos actos representan un perjuicio para lo que preserve en mejor sentido la salud, el bienestar y la vida del paciente, porque convertir el tratamiento médico en una serie de ensayos o experimentos deliberados representan un alto riesgo para los bienes que se menciona necesitan de protección para la seguridad del paciente, razón por la que existen protocolos médicos generalizados y universales, códigos o normas éticas de la medicina y una serie de disposiciones legales que previenen, dirigen, advierten, y sancionan al existir la responsabilidad civil y penal como parte de los actos que se derivan de una práctica o de resultados lesivos para la salud del paciente, sea por la comisión de iatrogenia o de mala práctica médica.

#### **2.6.1.1 Responsabilidad médica civil**

La responsabilidad médica civil estipula la obligación adquirida por el médico que infirió daño en el acto médico y se obliga a reparar el daño que ha causado sea en naturaleza o bien, por un equivalente monetario que puede definirse mediante la determinación de una indemnización, cuyo pago representa la cuantía del perjuicio causado. a priori se conoce que posee elementos obligacionales, es decir, típicos de un contrato por lo cual existe una prestación u obligación de dar, hacer o no hacer, premisa que se refleja en consideración a lo expuesto por palabras de Lizardo Taboada, quien en

relación a la responsabilidad civil, la que es adecuada al campo médico expresa lo siguiente:

**“Responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo”.<sup>19</sup>**

Como se observa si existe un daño, el mismo debe ser reparado por la existencia de un deber jurídico concreto, por lo que se presenta una relación entre el agente causante del daño y la víctima, y como se conoce es parte de la obligación en el sentido médico el asegurar la salud y preservar la vida, por lo que no puede haber o existir daño, por esa razón es que como es parte de su obligación, el médico está llamado a resarcir o reparar el daño porque le es connatural, entonces hasta que no se satisfaga la salud, el bienestar y la vida sea por los procedimientos adecuados, y habiendo derivado en hecho lesivo, entonces corresponde la reparación, que al estar enmarcada dentro de los términos indemnizatorios y por ende obligacionales, esta responsabilidad a asumir será de tipo civil. Si es que el deber fuera genérico es extraobligacional, porque se entiende que no es parte del contrato, pero que prima como parte de un deber a cumplir y que es exigible aunque este fuera de lo estipulado en el contrato.

La responsabilidad civil en el campo médico tiene connotaciones contractuales, genera el cumplir con un deber y en caso de no hacerlo corresponde una indemnización, se puede afirmar que se trata de una

---

<sup>19</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley. 2001. Pág. 27.

cuestión estrictamente prestacional de un servicio o ejecución de un acto profesional en este caso, incluso se considera conforme al criterio personal en calidad de autor de la presente investigación que obedece a una cuestión pecuniaria, por lo que existe una distancia en relación a una responsabilidad de tipo penal, en la que existe la privación de la libertad como penalidad al incurrir en una infracción que tiene las características de delito.

#### **2.6.1.1.1 Responsabilidad médica contractual**

En la relación médico-paciente se configura un contrato que vincula al paciente con el médico, por un lado el médico como prestatario de servicios médicos y por otro lado el paciente que requiere de atención médica para remitir una enfermedad o padecimiento, de esta manera se establece un contrato bilateral, que ha sido celebrado por voluntad de las partes y tiene un carácter consensual, que genera obligaciones a ambas partes. Si por cualquier circunstancia en el ejercicio profesional del médico se presentare un daño al paciente se configura la responsabilidad civil, que el facultativo debe responder.

Como aspectos relevantes que cabe destacar del contrato de prestación de servicios médicos tenemos:

- El contrato es consensual, el paciente se obliga a pagar una suma de dinero al médico por la prestación del servicio y el médico se obliga a la prestación del servicio médico en procura de mejorar o sanar la condición de salud deteriorada del paciente, y para su perfeccionamiento sólo se requiere el consentimiento de las partes.
- Es rescindible con lo cual las partes pueden terminar el contrato en cualquier momento. Pero el médico tiene una limitación, que no puede hacerlo en cualquier circunstancia porque derivaría en un acto de iatrogenia por abandono del paciente y pondría en peligro la vida del paciente.

- Es un contrato de tracto sucesivo, su cumplimiento se difiere a través del tiempo de su vigencia
- Es bilateral dado que las partes del contrato asumen obligación de doble vía.
- Es oneroso ya que el objeto de este contrato está fundamentado en el interés de beneficio recíproco.
- Es *intuitu personae*, es una expresión latina que significa atención a la persona, que vincula a dos o más personas, en cuyo nexo predomina la confianza.

#### **2.6.1.1.2 Responsabilidad médica extracontractual**

En su obra *El Daño Extracontractual*, TERAN ORTEGA, cita a los hermanos MAZEAUD, cuando dice: “Los hombres, en las diferentes épocas de la historia, frente al problema de los daños que unos producen a otros, reaccionan y encuentran variadas respuestas. En un principio el conflicto se resolvió fuera del campo del derecho”<sup>20</sup>

Los mecanismos que se implementaban para hacer justicia estaban dados por la equivalencia al daño causado mediante la aplicación de la Ley del Talión: ojo por ojo diente por diente, este procedimiento no resarcía a nadie, por cuanto todos perdían, y no existía una solución justa al conflicto.

En lo referente a la responsabilidad del médico, en tiempos pasados, sólo podía calificarse bajo la responsabilidad civil extracontractual, ya que no se podía concebir que los médicos en el ejercicio de su profesión adquirieran responsabilidad civil contractual, esta visión jurídica no encajaba con la actividad de alta carga humanística y principios éticos que guiaban a los médicos para un acto de servicio que procura siempre el bien al paciente, en tal virtud sólo encajaba la responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>20</sup> MAZEAUD, Henri y León, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963

Pero la evidencia empírica del acto médico cambio la visión sobre esta profesión. Ante la recurrencia de los actos médicos dañinos se acepta el carácter contractual en la responsabilidad civil de los médicos. Con este preámbulo podemos explicar más explícitamente el carácter extracontractual de la responsabilidad civil y que este no tiene nada que ver con el ámbito ético de la profesión.

De esta manera la responsabilidad civil extracontractual se configura excepcionalmente y por circunstancias determinadas, su naturaleza es contraria a la contractual, dado que el paciente o víctima no acepta, ni otorga el consentimiento al médico o cualquier otro servidor de la salud para que le brinde algún tipo de procedimiento o tratamiento médico, en razón que los pacientes para estos casos están inconscientes, y los llevan a la sala de emergencia médica de un centro de salud, esto generalmente ocurre en casos de accidentes de tránsito, accidentes cerebro vasculares (Isquemia), Shock anafiláctico, etc. En estas circunstancias se gesta la responsabilidad civil extracontractual. No obstante hay algunos tratadistas que discrepan con esta calificación y más bien le confieren la condición de un cuasicontrato, a la vinculación del médico - paciente, al igual que una gestión de negocios, en donde el médico adquiere el rol de gestor. Nuestra Legislación es muy específica y clarifica el cuasicontrato, y lo podemos constatar en el Código Civil en el artículo siguiente:

**Art. 2186.- La agencia oficiosa o gestión de negocios, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos.**

La gestión de negocios constituye la premisa principal del cuasicontrato, y lo que tiene que ver con el acto médico, este no se guía por una gestión de negocios, ni tampoco se obliga con la persona que atiende en una acción de

emergencia, sino más bien por el accionar médico, que puede ser una atención médica un procedimiento, una intervención quirúrgica, todo esto responde al deber mismo del médico que está consagrado en los principios deontológicos de su profesión y por otra parte en el marco legal del Ecuador que manda este deber propio de los médicos, por tal razón la ocurrencia de la responsabilidad es de carácter extracontractual.

### **2.6.1.2 Responsabilidad médica penal**

La responsabilidad médica penal en el contexto jurídico, tiene que ver con la trasgresión o violación de la ley, que la realiza un servidor de la salud que siendo imputable, comete actos previstos en la ley como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro la integridad física de las personas.

La responsabilidad penal de los médicos está dada por el acto médico dañino que vulnera su deber propio de curar o sanar y su conducta trasgrede la norma impuesta en la ley, infiriendo daño a otro, por lo tanto está obligado a una indemnización sin perjuicio de las penas que le sean impuestas por la leyes, por el cometimiento de un delito o cuasidelito.

Conforme a las expresiones de Francisco Moreno, la responsabilidad médica penal es conceptualizada o definida en la siguiente expresión:

**“La responsabilidad penal por asistencia sanitaria tiene por objeto sancionar a los responsables de los delitos o faltas cometidos con motivo de la práctica asistencial a través de la pena impuesta por los juzgados y tribunales del orden penal. Es una responsabilidad siempre personal, por la que cada uno responde por sus acciones u omisiones en el ámbito de sus competencias”.**<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> MORENO MADRID, Francisco. La responsabilidad penal del médico. *Boletín Servicio de Pediatría Hospital Clínico San Cecilio*, 2012. Págs 34.

La responsabilidad penal dentro del ámbito médico es aquella que está relacionada con la punición de un acto lesivo, en este caso si se atenta contra la salud y la vida de un paciente por cuestiones de orden médico, y que al comprometer severamente estos bienes jurídicos protegidos en su beneficio, ante una actitud de irresponsabilidad y la que genera un peligro inminente, entonces existe el marco sustantivo y adjetivo que impone la sanción penal en caso del atentado de los dichos bienes, por lo que de ese modo se aplica la figura de la responsabilidad médica penal. Evidentemente, que de forma precisa la responsabilidad penal, como parte del contexto en que puede incurrir el médico al generar punición, no puede ser arbitrable, esto es porque no se puede transigir la responsabilidad de la vida de un paciente, esto tratándolo de forma diferente a una remuneración que obedece al contexto civil siendo esos aspectos que si bien se resuelven en otra perspectiva, no pueden sobreponerse dentro del contexto penal donde se juzga por la lesión de un bien principalísimo como es la vida, lo que lo torna en no arbitrable.

## **2.7 LA INDEMNIZACIÓN CIVIL**

Considerando las ideas de Fueyo se entiende de sus expresiones que el cumplimiento de una indemnización dentro de un contexto de responsabilidad civil, o también conocida como reparación de daños, es una obligación que recae y gravita sobre el deudor cuando éste no ha hecho un cumplimiento efectivo celebrado ante el concurso de la ley, la que exige se den ciertos requisitos para la celebración de dicho contrato del que emanan las obligaciones que requieren de su correspondiente satisfacción. Dentro de esta circunstancia se debe recalcar y dejar en claro que la indemnización no

es una nueva obligación, sigue siendo la misma, la diferencia está en que se cambia el objeto pero se preservan los elementos que la constituyen.<sup>22</sup>

En materia de salud el compromiso representa una cuestión imprescindible, y al tratarse de que esta existe dentro de la prestación del servicio de salud, sea pública o privada, reúne los presupuestos obligacionales y contractuales para que haya lugar al reclamo de las indemnizaciones civiles en el caso de no existir el cumplimiento de las obligaciones existentes dentro la prestación del servicio de salud. Estas obligaciones consisten: En primer lugar, del empleo o aplicación de las técnicas idóneas que son pertinentes a la experticia médica en todas sus formas. En segundo lugar, no se debe producir u ocasionar daño en la salud del paciente, ni comprometer o atentar contra su vida mediante la aplicación de los procedimientos médicos. En tercer lugar se debe generar el bienestar del paciente, por lo que producirle u ocasionarle un daño es incompatible con la finalidad que debe intervenir el médico, con lo que así se preserva la vida del paciente como la máxima principalísima del ejercicio de su labor profesional. En cuarto y último lugar, en el caso de que se incumpla con los presupuestos obligacionales anteriores, se deberá producir una indemnización, ya que es propio a la naturaleza de los contratos y como parte de las obligaciones que si dentro de ellas se produce un daño, es imperativa la concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contratos y a la vez en el deber adquirido de no causar daño a otro, concurrencia que la doctrina la ha denominado "yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual".<sup>23</sup>

Es así, que es un contrato porque una parte se relaciona con otra y debe cumplir con una obligación, que es la de sanar y reservar la vida, y las

---

<sup>22</sup> FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* Segunda edición . Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1991.

<sup>23</sup> DIEZ- PICAZO y PONCE de LEON, Luis. – "Derecho de Daños" Pág. 257

indemnizaciones son inherentes a las obligaciones, ya que son la compensación de lo no cumplido, o de un modo equivalente, el satisfacer la expectativa de una finalidad u objeto contractual, ya que en el caso de no poder sufragar una obligación o deber en los mismo términos de lo convenido, entonces debe haber una compensación que sea parte de la reparación del daño el mismo que debe ser satisfecho en términos de corrección del procedimiento médico en este caso o de una nueva asistencia médica efectiva que resuelva el problema suscitado, y el pago del agregado económico para justificar la expectativa de un interés superior de lo que se esperaba del contrato, porque una cosa es la rectificación sobre el daño para igualar en cierta medida el peso del daño que debe ser superado, y luego procede la reparación económica que es una medida compensatoria cuando se conocía que la finalidad que se perseguía era generar un bienestar, el que es suplido pecuniariamente en razón de compensar como se lo ha manifestado.

## **2.8 EL ARBITRAJE**

El arbitraje es definido por medio del siguiente concepto:

**“El arbitraje implica la exclusión de los órganos estatales de administración de justicia para la resolución de uno o más conflictos determinados. Esta exclusión es normalmente consecuencia de un acuerdo de voluntades entre las partes, denominada genéricamente “pacto arbitral”, pudiendo también ser dispuesta por el propio legislador que determina la remisión a arbitraje de ciertas categorías de conflictos en los que interpreta que la vía judicial resulta inconveniente”.**<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses”, Revista. La Ley. 1986-E-1005.

Considerando el concepto expuesto, se deduce que el arbitraje es un procedimiento que no requiere del concurso de la justicia ordinaria para resolver diferentes situaciones avenidas en conflicto. De esa forma, se permite o se faculta que las partes concertadas dentro de la situación conflictiva, puedan manifestar su voluntad y el acuerdo para transigir, es decir, tratar de consensuar ante un tercero que dirima el conflicto fuera de sede judicial, estimando incluso que los propios legisladores, quienes de precisar la falta de necesidad de recurrir a vía judicial, proveerán que los sujetos cuyos intereses estén en colisión acudan a una vía que este fuera de la sede indicada para su solución.

En el contexto de la legislación ecuatoriana, el arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación es reconocido en la siguiente forma:

**“Art.1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.**<sup>25</sup>

En síntesis, el arbitraje se reconoce como una vía a la que pueden acudir las partes en conflicto, para que por medio de su disenso todo aquello que pueda ser transigible o arbitrable sea resuelto por parte de los entes dotados de la competencia o capacidad para arbitrar, lo que implica decidir en el conflicto para proveer de una solución a las partes que tuvieren una pugna o desacuerdo.

---

<sup>25</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 1

### **2.8.1 Tipos de arbitraje**

Siendo el arbitraje parte de la justicia alternativa, es un procedimiento heterocompositivo que tiene un tinte adversarial y adjudicativo, en que las voluntades de las partes proponen este medio para la resolución del conflicto que se presentare y el protagonismo que tienen las partes se limita a designar el o los árbitros. La resolución del conflicto culminaría con la emisión de un laudo arbitral que equivale a una sentencia o mandato a cumplir.

Para identificar los tipos de arbitraje nos remitimos a la misma Ley de Arbitraje y Mediación, Título 1, Del Arbitraje:

#### **“Arbitraje administrado o independiente**

**Art.2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta ley.**

#### **Arbitraje de equidad o derecho**

**Art.3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.**

**Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.**

**Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.”**

## **2.8.2 Procedimiento de arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana**

La prestación de servicios médicos, difiere, de las relaciones contractuales que se dan en el ámbito comercial, ya que en la relación comercial, la suscripción de un contrato por lo general incluye un convenio arbitral, que es un acuerdo escrito mediante el cual las partes en conflicto deciden someter sus controversias al sistema arbitral respecto de una relación jurídica, contractual o no contractual.

El sistema de salud en el Ecuador se puede identificar una particularidad, que el contrato que se celebra entre el médico y el paciente no es de tipo convencional, y más bien tiene particularidades en la relación que se crea, entre el médico y el paciente, que es de tipo consensual es decir se produce mediante un vínculo oneroso y conmutativo. El contrato de los médicos genera obligaciones para las partes intervinientes (médico – paciente) el médico por un lado tiene la obligación de realizar su acto médico, sustentado en sus conocimientos y experticia profesional, este acto médico debe ser ejecutado en procura de la remisión de la enfermedad del paciente contratante, mientras que el paciente se obliga a pagar una suma de dinero que ha sido acordado previamente con el médico por la contraprestación del tratamiento establecido y llevado a cabo por el facultativo. Al trasgredir una de las partes a esta vinculación contractual o extracontractual y se presentare una reclamación por responsabilidad civil, el procedimiento idóneo a seguir es el arbitraje y mediación. Ante la concurrencia de responsabilidad civil o de normas, Díez-Picazo hace un planteamiento que guarda concordancia con nuestra propuesta cuando dice: **“las acciones pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas (...) que más se acomoden a ellas, todo en favor de**

**la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible**<sup>26</sup>

Nuestra propuesta plantea que se incluyan en el marco constitucional y las leyes pertinentes al procedimiento arbitral como el método alternativo para la solución de conflictos y que sea en La Defensoría del Pueblo el lugar donde funcione un Centro de Mediación y Arbitraje, constituido en sujeción a la ley de Arbitraje y Mediación, en tal virtud el procedimiento sería como sigue:

- Acudir al Centro de Mediación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo en la ciudad de Guayaquil para presentar la demanda que debe ser dirigida al Defensor del Pueblo identificando claramente los nombres del demandado y su domicilio, (Art. 10 de la L.A.M.).

El Defensor del Pueblo o su representante calificará de la demanda y tratará a toda costa que en una audiencia de mediación se llegue a acuerdos totales y de no existir acuerdo alguno, el titular de la institución enviará a las partes la lista ñde árbitros, para que en común acuerdo designen en el término de tres días, los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal, (Art. 16 de la L.A.M)

- Luego de presentada la demanda, el Centro notificará al demandado por escrito y por todos los medios de curso normal para que sea contactado, y de no ser posible contactarlo se debe proceder por medio de publicación por la prensa, y luego de la segunda publicación el demandado tendrá que comparecer en un término de 10 días y al no comparecer se entenderá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento civil, (Art. 11 de la L.A.M.)

---

<sup>26</sup> DIEZ – PICAZO y PONCE de LEON, Luis- “Derecho de Daños”. La Doctrina ha formulado soluciones alternas, que consiste en la acumulación de acciones, la misma que no ha tenido resonancia alguna en ninguna legislación ya que implica una doble reparación de daño.

- Habiéndose cumplido la notificación efectiva al demandado, las partes escogen los árbitros para la conformación del tribunal de un banco de árbitros disponibles, al no ponerse de acuerdo, El Defensor del Pueblo o su delegado presenciara y legitimara la designación de los árbitros por sorteo, señalando día y hora en que se efectuará la misma, debiendo luego notificar a las partes con la providencia y dejar constancia de la diligencia con el levantamiento de la correspondiente acta.
- Una vez conformado el tribunal arbitral y declarado competente procederá a ordenar la práctica de las diligencias probatorias solicitadas en la demanda y la contestación, así como en la reconvenición, modificación y contestación a esta última si se presentare el caso, (Art. 16 de la L.A.M.)

## 2.9 LA MEDIACIÓN

La mediación es un método alternativo para la resolución de conflictos de naturaleza autocompositivo, en donde las partes resuelven su conflicto mediante un acuerdo voluntario, con la ayuda de un mediador neutral que debe identificar los intereses subyacentes para facilitar la búsqueda de acuerdos favorables para las partes intervinientes. La Ley de Arbitraje y Mediación en el Título II de la Mediación dice:

**Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra – judicial y definitivo que ponga fin al conflicto.**

Hay autores que la definen de la siguiente manera:

**“La mediación es un mecanismo que aparece cuando existe un conflicto, y se entiende al interpretar su idea, que entonces al**

haber una situación de confrontación de intereses, los mismos requieren de una forma ser resueltos, y que al haber sido tratado tal conflicto por parte de los involucrados y al no haber obtenido el resultado esperado, someten su resolución a un tercero para que se dé lugar a aquello”.<sup>27</sup>

### **2.9.1 Tipos de mediación**

Podemos considerar como tipos de mediación y que además guardan relación con nuestra temática a los que se encuentran estipulados en el:

**Art. 46.- La mediación podrá proceder:**

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación . El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperaré esta excepción deberá ordenarse el archivo da**

---

<sup>27</sup> MIRANZO DE MATEO, Santiago. *Revista de Mediación*, Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto de mediación. 2010. Pág 8.

**la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;**

**b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,**

**c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.**

**Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.**

### **2.9.2 Procedimiento de mediación conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana**

Igual como aconteció con el arbitraje, al preferirse la mediación como método alternativo para la solución de conflictos y una vez que sea acogida nuestra propuesta de alcance o enmienda a la Ley de Arbitraje y Mediación, para que La Defensoría del Pueblo cree el Centro de Mediación y Arbitraje y es como sigue:

- La mediación deberá solicitarse al Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo (Art. 44 de la L.A.M.)
- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto. (Art.45 de la L.A.M.).

- El centro de mediación designará el mediador correspondiente, el mismo que promoverá la solución del conflicto desde las partes intervinientes.  
El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el e acuerdo total o parcial, o en su defecto la imposibilidad de lograrlo.

## **2.10 DIFERENCIAS ENTRE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

El arbitraje, es un procedimiento heterocompositivo en el cual un tercero neutral debe proveer una decisión o también denominado Laudo como solución tras una negociación obligada. En cambio que la mediación consiste en un proceso en el cual una tercera persona, la que es denominada como persona neutral, ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo mutuo, no obstante no tiene autoridad para formular una decisión obligada.<sup>28</sup>

En relación a lo expresado, se tiene que el arbitraje consiste en que la solución al problema o conflicto es propuesta por el árbitro quien llegará a formular una decisión, esto de acuerdo con lo que aleguen las partes dentro del proceso o sistema de negociación.

En tanto se aprecia que la mediación, es la vía que está orientada o destinada a llegar a un acuerdo entre las partes a través de la asistencia de un mediador, el cual impulsa que las propias partes provean las soluciones al problema o conflicto y lleguen a un consenso.

Conforme a la legislación ecuatoriana, la Ley de Arbitraje y Mediación reconoce a la mediación en los siguientes términos:

**“Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral**

---

<sup>28</sup> Litigio.us. (n.d). *Litigio.us*. Recuperado el 17 de Junio de 2015, de <http://www.litigio.us:>  
<http://www.litigio.us/querella/burocratico/la-diferencia-entre-mediacion-y-arbitraje/>

**llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.**<sup>29</sup>

En nuestra legislación, la mediación es reconocida entonces como un mecanismo de cooperación para resolver un conflicto, si empore que su causa sea transigible, es decir, que se pueda negociar, gestionar librar en la base al acuerdo, el que debe llegar de las propuestas de las partes para que se configure el mismo y poner fin a la controversia mediante este procedimiento.

## **2.11 ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA SALUD PÚBLICA EN ECUADOR.- GARANTÍAS AL PACIENTE**

La Constitución de la República del Ecuador de Montecristi del año 2008 garantiza el derecho a la salud, y así lo expresa el siguiente artículo:

**Art.32.- Derecho a la salud. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.**

En el nuevo marco legal del Código Orgánico de la Salud destaca el espíritu de hacer más eficiente el Sistema de Salud en el Ecuador y que guarde concordancia con lo que establece la Constitución de la República del Ecuador del año 2008. Así también se le asigna un rol protagónico al Ministerio de Salud Pública.

---

<sup>29</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 43.

El Código Orgánico de la Salud que está siendo aprobado por la Asamblea Nacional incorporará aproximadamente 40 leyes relacionada con la salud, planteando además la consolidación del Sistema Nacional de la Salud que comprende los 4 subsistemas públicos: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de la Policía Nacional, Ministerio de Salud y la atención privada.

Para garantizar que el sistema se cumpla la Constitución de la República del Ecuador estipula en el siguiente artículo lo siguiente:

**Art. 360.- El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas.**

**La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad.**

Según noticia tomada de la página del Ministerio de Salud Pública, Ecuador Ama la Vida del 29 de Junio del 2015 dice en resumen:

“Que a través del Decreto 703 del 25 de Junio de 2015, se creó la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud ACESS, cuyos fines y objetivos están dirigidos a vigilar en todas las instancias a las instituciones públicas, privadas y comunitarias y medicina pre-pagada y adicionalmente controlará a todos los profesionales de la salud, fijando

techos para los servicios de salud, sean estos consultas, procedimientos etc., será una agencia especializada que estará al servicio de los usuarios del sistema nacional y a profesionales de salud les ofrece una instancia técnica conformada por expertos para evaluar casos de atención médica que hayan tenido resultados negativos o en los que hayan presuntos errores en la atención médica, con las mismas competencias de sanción que venían siendo manejadas por el Ministerio de Salud”.

El directorio está conformado por: el Ministro o Ministra de Salud, El Secretario o la Secretaria Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación Senescyt y un Delegado del Presidente de la República del Ecuador. Es decir que esta secretaría está adscrita plenamente a la Presidencia de la Republica, y con competencias extraordinarias para conocer, evaluar, calificar, juzgar y sancionar cualquier hecho que trasgreda la norma en cuanto a servicio de salud público y privado,<sup>30</sup> pero en la conformación de este directorio se está marginando al actor protagónico, y razón de ser de esta secretaría que es la ciudadanía, y por otra parte también al gremio de la salud que tampoco tiene representación. La composición orgánica idónea que garantice imparcialidad en los fines y objetivos que persigue esta entidad, debería incluir a un representante del gremio de la salud, y el otro delegado debe ser el presidente del Consejo de Participación Ciudadana. Por otra parte debería tener la capacidad reguladora de una Superintendencia, con una misión de relativa imparcialidad.

Al presentarse un acto médico dañino en las casas de salud y que compongan el Sistema Nacional de Salud, y se emprenda las reclamaciones de responsabilidad civil el ACESS que goza de competencias extraordinarias

---

<sup>30</sup> [www.salud.gob.ec/se-crea-agencia-para-la-promocion-y-el-control-de-la-calidad-y-la-proteccion-de-usuarios-y-profesionales-de-la-salud-access/](http://www.salud.gob.ec/se-crea-agencia-para-la-promocion-y-el-control-de-la-calidad-y-la-proteccion-de-usuarios-y-profesionales-de-la-salud-access/)

no ofrece las garantías necesarias, para dilucidar una reclamación que implique indemnizaciones por parte del Estado.

## **2.12 NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN AL PACIENTE**

Las Naciones Unidas como organismo rector de los delineamientos globales que deben seguirse en la protección de la vida y la salud de las personas en todos los escenarios en que se desenvuelvan.

El Estado ecuatoriano a través del tiempo, casi siempre se ha hecho eco del espíritu pro-defensa de los derechos humanos, al ser signatario de todas las convenciones internacionales en esta materia y especialmente en lo que tiene que ver con la salud.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa de manera clara y concisa el derecho a la salud:

**Art. 25.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.**

**La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.**

Las Naciones Unidas considera como prioritario velar por la protección de los pacientes que están expuestos principalmente a la radiación ionizante, cuyos

efectos biológico puede llevar a consecuencias catastróficas, esto principalmente ocurre en los países que no exigen prescripción médica para realizar exámenes médicos con exposición, como también en aquellos países que no ponen límites a la exposición de los pacientes. Por tal razón se consideró la necesidad de crear Normas Internacionales creíbles y basadas en el consenso mundial para la protección de los pacientes en todo procedimiento que implique riesgo a la vida de los pacientes.

Podemos destacar como una de las normas internacionales más importantes a las Normas Básicas Internacionales de Seguridad para la Protección Contra La Radiación Ionizante BSS.

### **2.13 CASOS DE IATROGENIA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR**

Son miles los casos de iatrogenia y mala práctica médica en el Ecuador, y han ocurrido en las más importantes casas de salud, sean estas públicas o privadas, y en casi la mayoría de los casos han sido cometidas en personas de escasos recursos económicos, que no han sido denunciados y no han sido difundidos por los medios de comunicación social, y lo peor han quedado en la impunidad. De la gran cantidad de casos, que han tenido cobertura periodística general por todos los medios de comunicación, expondremos cuatro casos que han conmocionado a la ciudadanía y son:

- Contagio masivo de sida a 21 pacientes con insuficiencia renal que se estaban realizando hemodiálisis en la clínica del Dr. Galo Garcés, hecho ocurrido en el año 1995.
- Muerte de 26 recién nacidos entre Diciembre de 2010 y Marzo de 2011 en el Hospital Civil Isidro Ayora de Loja por infección nosocomial.

- Muerte de 10 neonatos entre Febrero y Mayo de 2011 en el Hospital de niños Francisco Ycaza Bustamante, por infección nosocomial, debido a falta de condiciones médicas y sanitarias.
- Muerte de Reina del cantón Durán, Srta. Catherine Cando Z. a causa de un edema cerebral según reporte médico, hecho acaecido el 10 de Enero de 2015.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de una adecuada investigación y para el cumplimiento de los objetivos propuestos en ella, es necesario definir los recursos y los métodos que contribuirán para tal menester, por lo que a continuación se los detalla a fin de una adecuada comprensión de cómo se encuentra diseñada la presente tesis conforme a las directrices establecidas por la Dirección de la Maestría.

#### **3.1. LUGAR DE LA INVESTIGACIÓN**

La presente investigación se desarrolla en el Ecuador, concretamente el campo específico de la labor investigativa, de encuesta y de aplicación de la propuesta es la ciudad de Guayaquil, donde se efectuarán los pasos necesarios para el desarrollo de la investigación en los diferentes centros de salud tanto públicos como privados, en cuanto nos referimos a la evaluación de la calidad del servicio de atención médico-hospitalaria y ambulatoria, la que permitirá contar con los datos que respalden la propuesta de arbitraje y mediación aplicado a las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica en Guayaquil, el hecho de haber elegido esta ciudad es porque es uno de los centros de mayor actividad judicial en el país, y además la percepción de la ciudadana es que en esta gran urbe la comisión de iatrogenia y mala práctica médica ocuparía el primer lugar en el país, por lo que se considera se generará un impacto positivo en esta localidad por el hecho de aplicarse una alternativa extrajudicial.

### 3.2 PERÍODO DE LA INVESTIGACIÓN

Se presenta un diagrama de Gantt en el que se reflejan las etapas y el tiempo estimado de duración de cada una de las fases de investigación del proceso de desarrollo de la tesis, contemplando lo correspondiente al proyecto de tesis como la misma como tal una vez aprobada la propuesta de carácter científico investigativo.

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES							
#	Actividades	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto
1	Diagnóstico y diseño temario	=====	=====	=====			
2	Presentación y aprobación proyecto				=====		
3	Acopio información bibliográfica				=====		
4	Redacción general				=====	=====	=====
5	Investigación en campo				=====		
6	Procesamiento y análisis				=====	=====	
7	Conclusiones					=====	
8	Propuesta						=====
9	Informe						=====
10	Presentación y aprobación						=====

### 3.3 RECURSOS A EMPLEAR

Los recursos que se emplearán para el desarrollo de la investigación son los siguientes:

#### 3.3.1 Recursos humanos

<b>PERSONAL A UTILIZAR (Horas/hombres)</b>		
#	FUNCIONES	LABORES
1	Secretaria – digitadora	Digitar en computadora información
1	Asistente – encuestador	Entregar – recibir encuestas

#### 3.3.2 Recursos materiales y financieros

<b>RECURSOS MATERIALES Y FINANCIEROS – PRESUPUESTO (En dólares)</b>			
<b>INGRESOS</b>	<b>Valor</b>	<b>GASTOS</b>	<b>Valor</b>
Recursos propios	3.050,00	Libros, revistas y diarios	1000,00
		Computadora/horas	150,00
		Suministros computación	350,00
		Copias e impresiones	300,00
		Digitación y encuestas (h/h)	300,00
		Transporte urbano	360,00
		Teléfonos y comunicaciones	340,00
		Alimentación	200,00
		Otros	50,00
<b>TOTAL INGRESOS</b>	<b>3.050,00</b>	<b>TOTAL GASTOS</b>	<b>3.050,00</b>

### 3.4 MÉTODOS

Cualquiera que fuera el motivo para realizar una encuesta y cualquiera sea su tipo requerido, siempre es necesario determinar:

En primer lugar sus objetivos; esto consiste en puntualizar las razones para su realización, considerando que en el presente caso se procura hallar una solución o determinar la causa de un problema.

En segundo lugar, se debe determinar ¿cuál es la información a recabar para cumplir con el objetivo planteado?

Como tercer elemento a ejercer en la práctica es el diseño del cuestionario, de tal forma que se practiquen preguntas adecuadas que permitan alcanzar la información deseada.

Como cuarta parte de este procedimiento de desarrollo de una encuesta es determinar la población a estudiar; es decir, quienes serán las personas de las cuales vamos a obtener la información requerida.

En quinto lugar, se procede a determinar el número de encuestas que vamos a realizar o de personas a encuestar, en donde es muy común hacer uso de la fórmula de la muestra para obtener un número representativo del grupo de personas que se pretenden estudiar.

Luego se continúa con una sexta instancia que implica la realización del trabajo de campo, el mismo que consiste en hacer efectiva la encuesta, para lo cual se ha escogido a los encargados de realizar las encuestas, los lugares donde realizarlas y el momento a realizarse.

Como séptimo paso del procedimiento de encuesta se procede al conteo y la codificación de los datos, una vez que se dispone de la información obtenida de las encuestas, esta se registra y a codifica para obtener los primeros resultados.

La octava parte del procedimiento consiste en efectuar el análisis pertinente y formular las conclusiones en base a sus resultados así obtenidos; y

Finalmente en noveno lugar, corresponde tomar decisiones con base en las conclusiones obtenidas; es decir, aplicar el uso que corresponda a la información obtenida de las encuestas realizadas.

### **3.5 TIPOS DE INVESTIGACIÓN**

La investigación de campo es entendida como el análisis sistemático de problemas enfrentados con la realidad, con la finalidad de describirlos, interpretarlos, entender su naturaleza y factores constituyentes, explicar sus causas, y efectos, o predecir su ocurrencia, recogiendo datos en forma directa de la realidad.

Este tipo de modalidad de investigación tiene una perspectiva descriptiva-interpretativa. Es un proceso activo, sistemático y riguroso de indagación dirigida, en el cual se toman decisiones sobre lo investigable.

Se define la investigación cualitativa como un proceso de indagación a través del cual se intenta identificar la naturaleza profunda de las realidades construidas, por los sujetos involucrados en el estudio, a través de la descripción de los sucesos complejos que se producen en la interrelación como medio natural o contexto de ocurrencia.

Como factores a considerar en la investigación cualitativa se puede indicar los siguientes:

- (a)** El tipo de preguntas que se pueden plantear en la investigación;
- (b)** El uso del contexto natural;

**(c)** La observación participante;

**(d)** Las comparaciones y contrastes que se efectúan;

**(e)** La integración de los conceptos observadores y perspectiva interna de las personas que integran la cultura en estudio.

La investigación será realizada mediante encuestas a los usuarios de los diferentes centros de salud tanto públicos como privados de la ciudad de Guayaquil, dado que estos reciben la atención de dichos centros y potencialmente pueden verse expuestos a los casos de iatrogenia y de mala práctica médica.

Como se ha manifestado, la ciudad de Guayaquil es un centro muy dinámico de las diferentes actividades económicas y profesionales del Ecuador, por tal razón, es importante realizar una medición de la percepción ciudadana en calidad de usuarios del sistema de salud, dado que dicha percepción permite establecer si existe conformidad en la ejecución de los distintos procedimientos médicos, y si en el caso de incurrir dentro de las situaciones de la problemática referida, es decir, de la comisión de iatrogenia y de mala práctica médica, se analiza si es que estos cumplen con la aplicación de medidas de carácter reparatorio.

Por lo indicado, la investigación estará dirigida a los pacientes de los distintos centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil del mismo modo para los distintos facultativos médicos, porque son los involucrados directos de una relación obligacional en la que en el caso de iatrogenia y mala práctica médica debe mediar un procedimiento de compensación de dicho daño, por lo que se trata de acudir a un procedimiento fuera de sede judicial que permita ejecutar un procedimiento indemnizatorio más efectivo, en el que intervengan los centros de mediación y los respectivos tribunales de arbitraje, a fin de dar paso a una reclamación ágil y oportuna que no

derive en un procedimental judicial evitable, y que a su vez se aprecia la descongestión de la actividad judicial mediante un proceso transigible, el que es aplicable jurídicamente con las debidas adecuaciones del ordenamiento jurídico.

La fuente de la que se obtendrá la información mediante el catálogo de preguntas que conforman la encuesta, la que permita tener la percepción del sistema de salud en cuanto a la ejecución de sus procedimientos médicos está representada por los centros de salud públicos y privados de la ciudad de Guayaquil, dado que estos generarán o proyectarán una imagen en los usuarios del sistema de salud, por lo cual mediante su aporte en cuanto a su apreciación se corroborará la existencia de un problema y adecuar una solución del mismo, lo que constituye la razón de ser de la realización de la presente investigación y de la propuesta o postura que se esgrime en el presente documento académico-científico.

### **3.6 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

Toda investigación tiene como propósito someterse a un proceso a través del cual se podrá realizar el descubrimiento de nuevos conocimientos de una materia específica.

Partiendo de su concepto que señala al diseño, como la planificación compendiada de lo que se debe hacer para lograr los objetivos del estudio, en el presente trabajo se ha considerado el diseño cuidadoso de la investigación para poder presentar resultados de alta calidad.

La clave para una óptima investigación es conocer exactamente lo que se desea medir, además de seleccionar una técnica de encuesta, donde cada

participante esté dispuesto a cooperar y sea capaz de dar información completa y precisa de manera eficiente.<sup>31</sup>

En ésta dirección, se han planteado preguntas centrales de la investigación que contribuirán a demostrar la viabilidad de la hipótesis, y además conseguir la aplicación del arbitraje y mediación para la realización de las reclamaciones por responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica en Guayaquil, esta propuesta caracterizada como una alternativa extrajudicial que permita una reclamación más ágil y efectiva en beneficio superlativo a la víctima de tal situación, además que se logre descongestionar a los sistemas de justicia ordinaria de este tipo de casos los cuales tienen características que lo tornan transigible.

### **3.7 POBLACIÓN Y MUESTRA**

Una muestra en un sentido amplio, no es más que eso, una parte del todo que llamamos Universo y sirve para representarlo.

Por lo tanto, una muestra es un conjunto de unidades, una porción del total que nos representa la conducta del universo en su conjunto.

Para determinar el tamaño de la muestra, es decir, el número de encuestas a realizar, se tendrá en cuenta la siguiente información:

- El grupo o unidad de personas encuestadas está conformado por los usuarios del sistema de salud público y privado en la Ciudad de Guayaquil, siendo su población de 2.589.229 (según datos estadísticos obtenidos del Diario El Telégrafo sección de economía del Sábado 25 de Julio de 2015). En la resolución de la respectiva fórmula de encuesta se consigna el número de personas a encuestar, a las que se aplicará las preguntas de la investigación detalladas en el capítulo 1 del problema y que también están presentadas dentro de los anexos.

---

<sup>31</sup>Joe Ottaviani, Vicepresidente principal, Gerente General de Burke Marketing Research.

- Un nivel de confianza de 95% y un grado de error de 5% en la fórmula de la muestra.

Aplicando la fórmula de la muestra:

$$n = (Z^2pqN) / (Ne^2 + Z^2pq)$$

- Nivel de confianza (Z) = 1.96
- Grado de error (e) = 0.05
- Universo (N) = 2.291.000
- Probabilidad de ocurrencia (P) = 0.5
- Probabilidad de no ocurrencia (Q) = 0.5

$$n = ((1.96)^2 (0.5) (0.5) (2'589.229)) / ((2'589.229) (0.05)^2 + (1.96)^2 (0.5) (0.5))$$

$$n = ((3.84) (0.25) (2'589.229)) / ((2'589.229) (0.0025) + (3.84) (0.25))$$

$$n = 2'485.659,84/6473,07 + 0.96$$

$$n = 2.485.659,84 / 6474,03$$

$$n = 383,94 \text{ Aproximando tenemos que } n = 384$$

Por lo tanto, de una población de 2.589.229 personas que tiene la ciudad de Guayaquil, le corresponde una muestra de 384 personas a encuestar.

Una vez que hemos determinado el número de personas a la que vamos a encuestar, previo un análisis determinamos los grupos objetivos que contactaremos para entrevistarlas y persuadirlas a que colaboren con nosotros respondiéndonos libremente un número de preguntas sencillas que están relacionadas con la salud, y que esta investigación persigue como

meta mejorar los estándares de calidad en el servicio médico que todos los ciudadanos recibimos.

La composición de los grupos es heterogénea, es decir que está compuesta por personas de diferentes estratos sociales, económicas y profesiones, así como diferentes perfiles emocionales, dado que reaccionan de diferente manera ante las preguntas en cuestión, porque por lo general en toda familia existen recuerdos no gratos en la atención médica de los diferentes profesionales de la medicina, así como en el manejo operativo que tienen las casas de salud, en las que algún familiar perdió la vida.

Hemos palpado también que la percepción de un número importante de encuestados en el abordaje de algunos temas es muy superficial y ligero en la calificación de insumos recibidos sean estos gratuitos o pagados con valor simbólico principalmente los que brindan las fundaciones sin fines de lucro.

## CAPÍTULO IV

### DE LOS RESULTADOS Y LA PROPUESTA

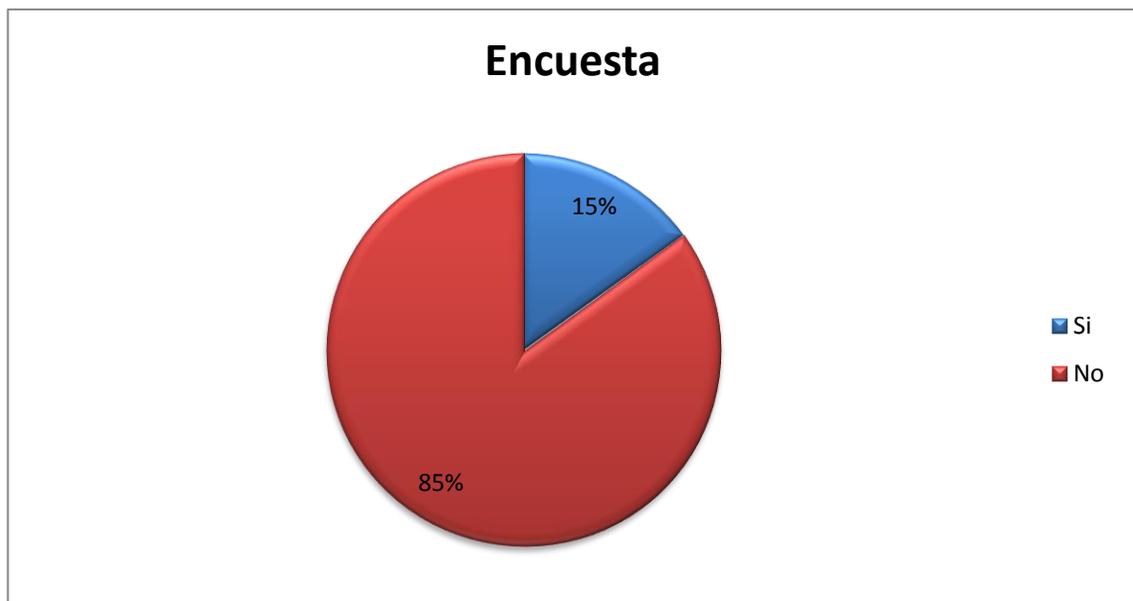
#### 4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Una vez realizada la encuesta, los resultados fueron los siguientes:

1. ¿Los centros de salud públicos y privados de la Ciudad de Guayaquil cumplen estrictamente con los protocolos estandarizados globalmente para el manejo hospitalario en procedimientos quirúrgicos y postquirúrgicos?

SÍ = 58 personas equivalente al 15%

NO = 326 equivalente al 85%



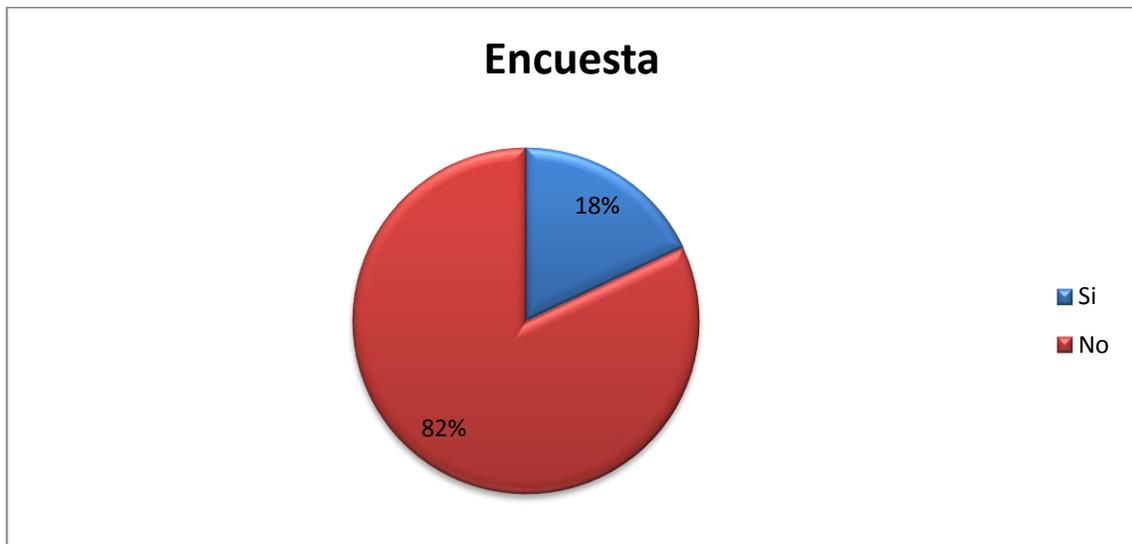
Elaborado por el autor

Conclusiones: La mayor parte del público encuestado indica que desconoce si es que se cumplen estrictamente con los protocolos globales, pero acorde a su percepción aquellos opinan que no deben cumplir con los protocolos por la alta mortalidad existente.

2. ¿Los médicos del sector de la salud pública y privada en la atención médica ambulatoria se ciñen a los protocolos idóneos y de cumplimiento estricto a la ética médica para el diagnóstico y prescripción médica efectiva que no deriven en efectos secundarios y adversos y de mayor complicación para el paciente?

SÍ = 69 personas equivalente al 18%  
equivalente al 82%

NO = 315 personas



**Elaborado por el autor**

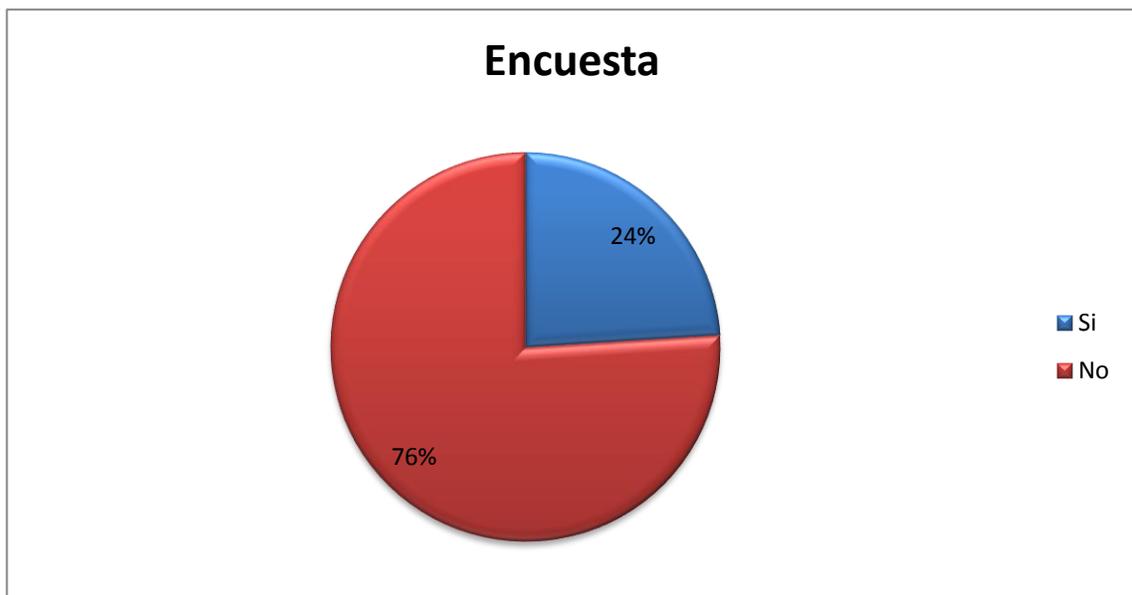
Conclusiones: Según los resultados, considera gran parte de los encuestados en un , que en los centros de salud de atención médica ambulatoria los médicos no cumplen con la ética médica para el diagnóstico, La prescripción medicamentosa produce en su mayoría efectos secundarios

y adversos a los pacientes, y no se consigue mejorar la calidad de vida de los pacientes, ni la remisión de la enfermedad.

**3.** ¿Ante la comisión de iatrogenia a un paciente que deriva en ciertos grados de discapacidad permanente, patológicas crónicas existe una respuesta por parte del agente causante, es decir, el médico o el centro hospitalario de buscar procedimientos y soluciones alternativas médico quirúrgicas para la remisión del padecimiento sin que implique costo alguno?

SÍ = 92 personas equivalente al 24%  
equivalente al 76%

NO = 292 personas



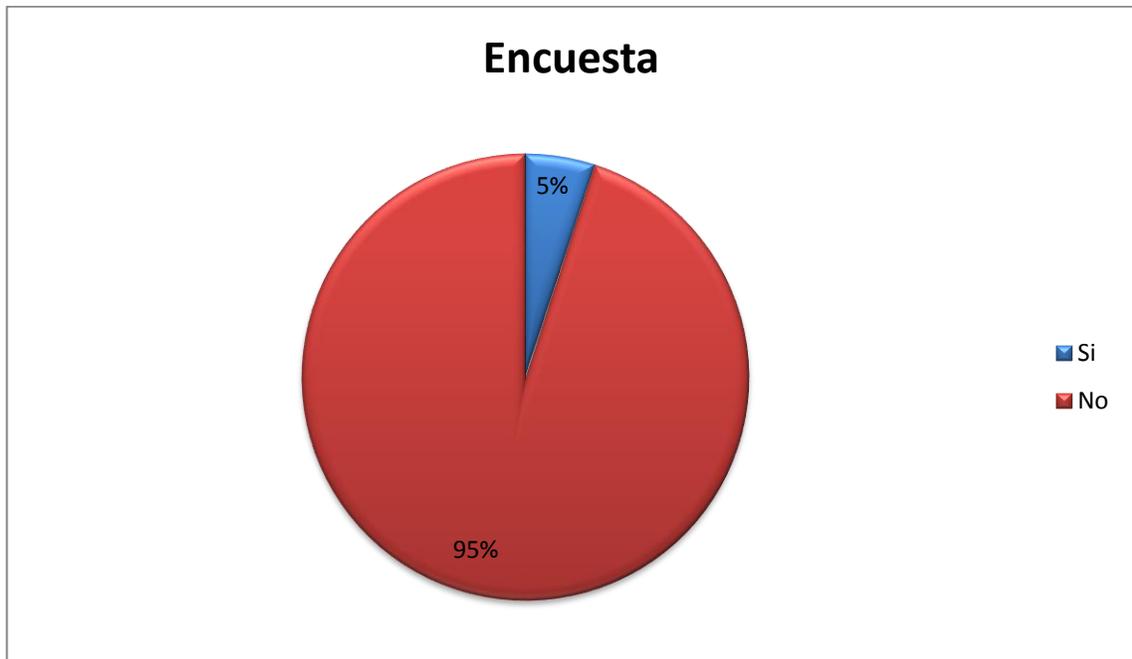
**Elaborado por el autor**

Conclusiones: Un gran porcentaje afirma que no existe una respuesta por parte del agente causante de buscar una alternativa médico quirúrgica para la remisión del padecimiento del paciente, sin que ésta implique incurrir en nuevos gastos de su parte.

4. ¿Existe una respuesta oportuna y eficaz por parte de los servicios de salud ante la necesidad de atención médica urgente por parte de los ciudadanos amparados en el sistema de seguridad social y la ciudadanía en general?

SÍ = 19 personas equivalente al 5%  
equivalente al 95%

NO = 365 personas



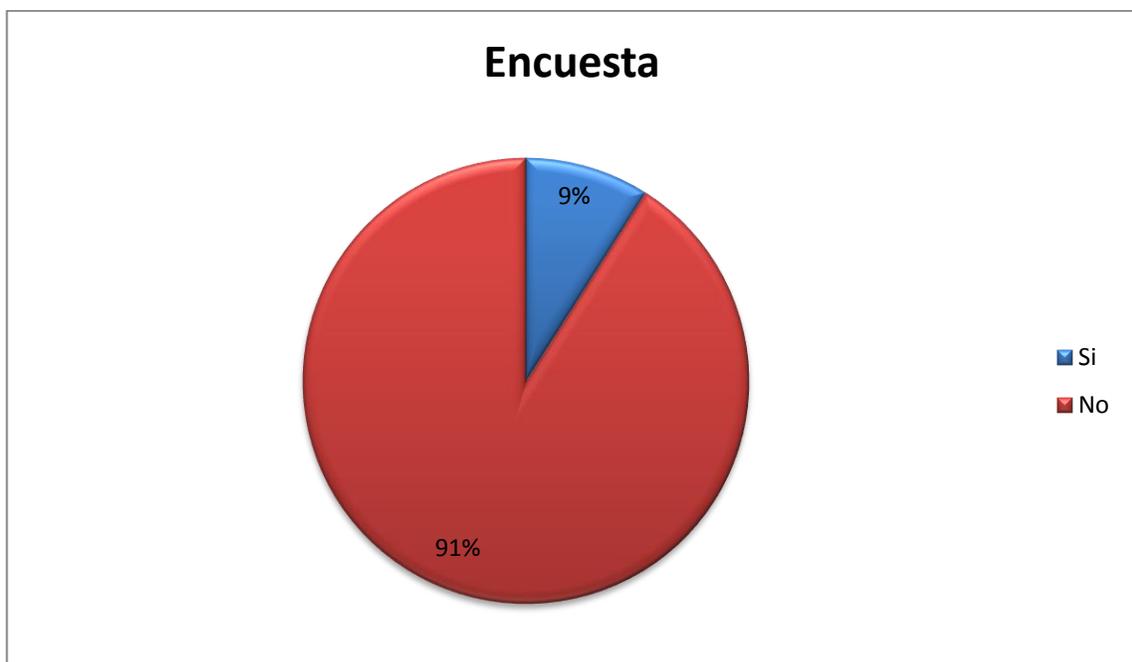
**Elaborado por el autor**

Conclusiones: Casi el total del público indica que no existe una respuesta oportuna y eficaz de los servicios de salud público ante la necesidad de atención médica urgente dentro de los sistemas enunciados, sobre todo cuando se requiere atención médica especializada.

5. ¿Considera usted que existe de parte del Estado ecuatoriano un marco judicial y extrajudicial efectivo que permita la protección, rehabilitación y resarcimiento respecto a los daños provocados por la comisión de iatrogenia y mala práctica médica?

SÍ = 35 personas equivalente al 9%  
equivalente al 91 %

NO = 349 personas



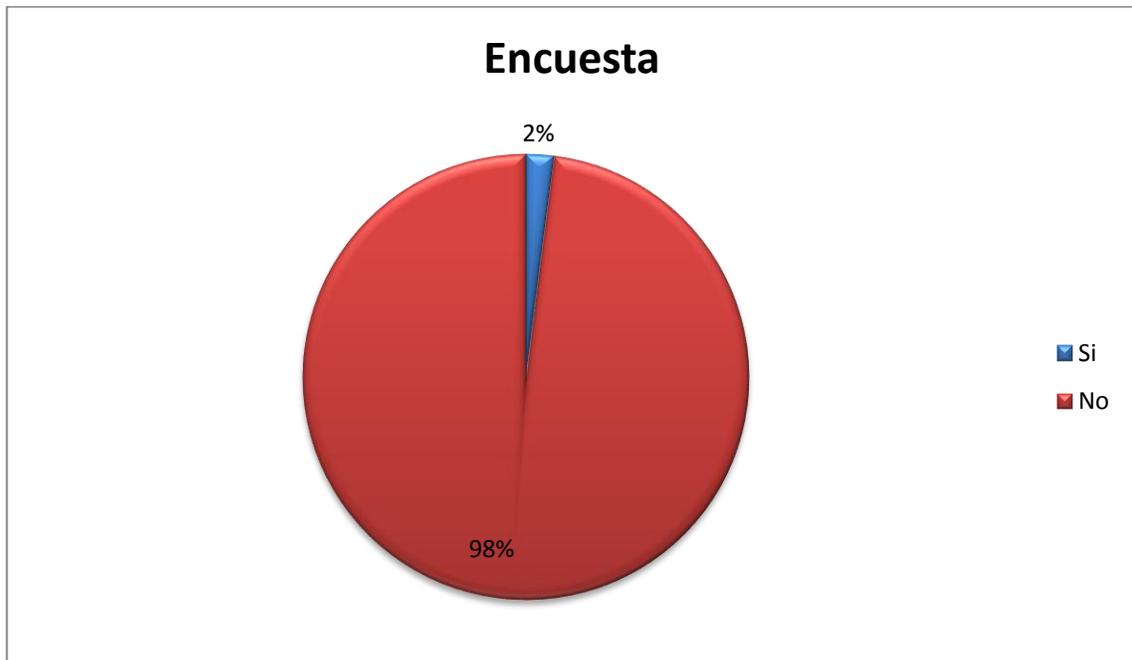
**Elaborado por el autor**

Conclusiones: Casi el total de los encuestados afirma que no existe un marco judicial y extrajudicial efectivo para cumplir con los presupuestos planteados en la pregunta.

6. ¿Se implementan Métodos Alternativos para lograr la solución de conflictos en la prestación de servicios médicos?

SÍ = 8 personas equivalente al 2%  
equivalente al 98 %

NO = 376 personas



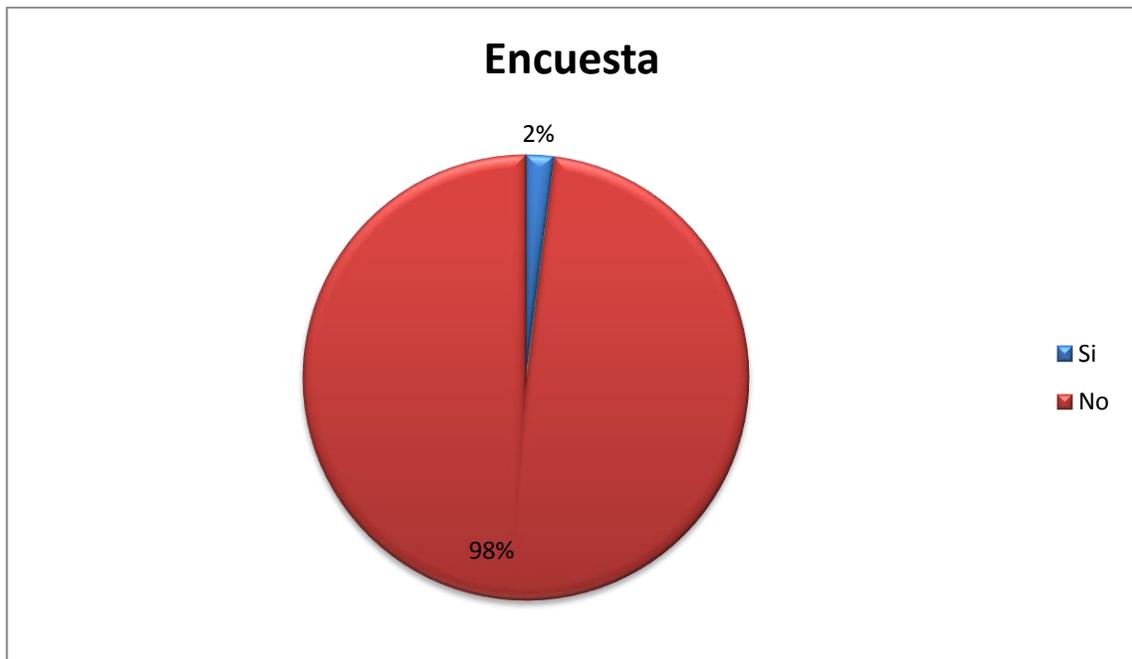
**Elaborado por el autor**

Conclusiones: El total de los encuestados afirma que no se implementan los métodos alternativos para conseguir la solución de conflictos en lo referente a la prestación de servicios médicos.

7. ¿Dispone la Defensoría del Pueblo de Guayaquil de un Centro de Mediación y Arbitraje así como de competencia legal, para atender las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica?

SÍ = 8 personas equivalente al 2%  
equivalente al 98 %

NO = 376 personas



#### **Elaborado por el autor**

Conclusiones: El total de los encuestados afirma que la Defensoría del Pueblo del Cantón Guayaquil no dispone de un Centro de Mediación y Arbitraje así como de competencia legal, para atender las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica.

#### **4.2 PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA**

En cualquier sociedad siempre se presentaran conflictos, y estos serán de toda índole, como bien lo explica Roque Caivano **“En la medida que existan mecanismos efectivos para resolver los conflictos y que exista una cultura social que incentive a los individuos a utilizar los más provechosos para sí y para el conjunto, la comunidad tendrá más**

**posibilidades de perdurar y ofrecerá mejores condiciones de vida a sus integrantes”.**<sup>32</sup>

La propuesta que hacemos en nuestra investigación es que al configurarse reclamaciones de responsabilidad civil, sean estas de tipo contractual o extracontractual por la comisión de iatrogenia y mala práctica médica en la ciudad de Guayaquil, la resolución de estas controversias deben ser llevadas por medio del arbitraje y la mediación, dado, que al ser un procedimiento alternativo extrajudicial y que garantiza al ciudadano el acceso a la justicia, consideramos que éstos métodos alternativos son más ágiles y eficientes para la resolución de conflictos que los procedimientos de la justicia ordinaria.

Por otra parte, planteamos la propuesta de creación de un Centro de Arbitraje y Mediación en La Defensoría del Pueblo, para que las reclamaciones de responsabilidad civil sean dilucidadas aquí, por cuanto ésta entidad vela por el derecho a la vida e integridad personal por medio de la defensa de los derechos humanos en el nuestro país.

La Defensoría del Pueblo, al ser una institución nacional pro defensa de los derechos humanos goza de fuero extraordinario, además está dotada de autonomía e independencia en el ámbito tutelar, por lo cual, se garantizaría la imparcialidad y un dictamen justo en las sentencias y actos resolutorios que se deben cumplir.

Aplicando los artículos 2 literales b y c, 8 literal q, y 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo podemos establecer que el Defensor del Pueblo cuenta con el deber y atribución plena de promover y ejercer la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos y ciudadanas en el país.

---

<sup>32</sup> CAIVANO, Roque, Ob., Pág. 52

### **4.3 CONCLUSIONES**

- Como primera conclusión observamos que la percepción que la ciudadanía tiene del sector de la salud en general y específicamente de los prestatarios de servicios médicos, sean estos profesionales de libre ejercicio y las casas de salud privadas y con mayor énfasis las casas de salud públicas, presentan en cierta forma un grado de colapsamiento y desfase en los procesos de atención médica que concomitantemente las mismas autoridades reconocen las falencias. Y son estas anomalías las que derivan en la comisión de iatrogenia y mala práctica médica. Esta percepción está sustentada también por la experiencia de una gran cantidad de personas entrevistadas que no han visto satisfechas sus necesidades de atención médica, sumado a la información noticiosa de innumerables casos de mala práctica médica que han escandalizado a la opinión pública.
- Otra de las conclusiones anotadas es que la ciudadanía reclama justicia por tantos casos de negligencia médica que quedan en la impunidad, ese sentimiento de impotencia por no contar con canales extrajudiciales que impliquen fácil accesibilidad y bajo costo, para ventilar sus reclamaciones de responsabilidad civil.
- Por último la ciudadanía ve con positivismo que en la Defensoría del Pueblo se cree un Centro de Arbitraje y Mediación, dada las experiencias positivas que han tenido en reclamaciones de otra índole sean estas: demandas a las entidades que venden servicios públicos, venta de bienes y servicios privados, y todos los casos en que se ven afectados los derechos humanos. La percepción ciudadana es que La Defensoría del Pueblo vela por que se haga justicia cuando se atropellan los derechos de las personas.

#### **4.4 RECOMENDACIONES**

- Desde el momento en que la salud se constituye en un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución (Arts.32,54,360,361, y 362) y por la Organización de las Naciones Unidas ONU, nos estamos refiriendo a un precepto jurídico de gran connotación, y la respuesta que esperamos de los entes gubernamentales que regulan y controlan el sistema de salud en el Ecuador, es de que se considere a los métodos alternativos del Arbitraje y Mediación como una vía para la resolución de los conflictos que se presentaren en materia de salud.
- Que las Autoridades de Regulación y Control consideren los procedimientos de Arbitraje y Mediación para atender y resolver las reclamaciones de responsabilidad civil sean estas del tipo contractual o extracontractual, cuando se cometiese iatrogenia o mala práctica médica y que estos casos se ventilen en un Centro de Arbitraje y Mediación que funcione en La Defensoría del Pueblo de la ciudad de Guayaquil, y que luego se repique en todo el país.
- Que se cree el marco legal correspondiente para que el Centro de Arbitraje y Mediación de La Defensoría del Pueblo tenga el sustento jurídico necesario y la competencia plena para actuar independientemente de los otros entes gubernamentales, a fin de que sus actos y decisiones gocen de autonomía e imparcialidad, sobre todo cuando le toque fallar contra instituciones del sistema de salud público.
- Que el Centro de Arbitraje y Mediación de La Defensoría del Pueblo de Guayaquil se constituya en un referente de probidad, especialización, imparcialidad y agilidad en la resolución de conflictos que se den en el mercado de la salud en Guayaquil.
- Que el Estado asuma el rol de facilitador para promover un Sistema de Contratación de Seguro Obligatorio por parte de los profesionales médicos en general, para los casos en que el médico incurriese en un

acto dañoso y desencadene una demanda de responsabilidad civil contractual o extracontractual, y se vea obligado a pagar el asegurado civilmente responsable por los daños causados a los pacientes afectados. Con lo cual se evita un daño patrimonial del médico, cuando tiene que asumir indemnizaciones. Por lo tanto. Se hace imprescindible reformar la Ley de Contrato de Seguros en el capítulo II, De los Seguros de Daños, Sección I en las disposiciones comunes, artículo 27; y Sección II, Del Seguro de Responsabilidad Civil Artículos 50 y 53. Para que se especifique la naturaleza de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que se da entre los prestadores de servicios médicos y el paciente y no exista ninguna ambigüedad, ni forma alguna para evadir la indemnización correspondiente. Y para que esta solución tenga una acogida favorable por el gremio médico, el Estado debe incentivar la contratación de este seguro, haciendo deducible el monto pagado de la póliza del impuesto a la renta, y además constituyéndose en facilitador en la emisión de pólizas a través de las compañías vinculadas al ente estatal como Sucre y Rocafuerte.

## CAPITULO V

### REFERENCIAS

#### 5.1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y WEBGRAFÍA

1. ACOSTA PIEDRA, Yanet., & PIEDRA HERRERA, Blanca. (2011). *Revista Hospital Psiquiátrico de la Habana*. Recuperado el 18 de Junio de 2015, de <http://www.revistahph.sld.cu>:  
<http://www.revistahph.sld.cu/hph0111/hph14111.html>
2. AGUIRRE-GAS, Héctor Gerardo, & VÁSQUEZ- ESTUPIÑAN, Felipe. *El error médico. Eventos adversos. medigraphic Artemisa*, 2006. 495-503.
3. AGURTO GONZÁLES, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica*. Recuperado de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Agurto.htm>
4. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", *Revista. La Ley*. 1986-E-1005.
5. AMARILLO, Denise., CARRIZO, Gimena., & GAILLE, Belén. (12 de Junio de 2014). Prezi. Recuperado el 19 de Junio de 2015, de <https://prezi.com>:  
<https://prezi.com/zqjiytj1p4kn/iatrogenia-y-mala-praxis/>

6. CAIVANO, Roque J. El Arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia (posible inserción en los Colegios de Abogados) Buenos Aires, Argentina 1989.
7. CAIVANO, Roque J. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima, APENAC 1998.
8. CAIVANO, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 2011.
9. CAIVANO, Roque J. - GOBBI, Marcelo - PADILLA Roberto E. Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, La Crisis de la Justicia y el Rol de los Abogados. Pág. 58,59
10. CAPITANT, Henri. Vocabulario jurídico. Buenos Aires, Ediciones Depalma 1961.
11. CATALANI, Carlos. Praxis médica: Análisis comparativo del Mercosur. Tomado de <http://www.sanpacific.com.ar/RPNAntEsp.htm> Civilistas S.A. 1988
12. Código Orgánico Integral Penal. Quito: *Cooperación de Estudios y Publicaciones* 2014.
13. Contrainfo periodismo para pensar. (19 de Junio de 2013). Recuperado el 24 de Junio de 2015, de <http://www.contrainfo.com>: <http://www.contrainfo.com/10128/iatrogenia-o-iatrogenicidio/>

14. ENTRALGO, Pedro Laín. *La Salud y la Enfermedad* . En R. Carmona, M. Dalman, & M. Faz, *Bases de la Medicina Interna Etiología, Fisiopatología y Semiología* Barcelona: Torraz. 1987 pág 6.
15. FERNANDEZ COSTALES, Javier. *El Contrato de Servicios Médicos*. Madrid, Editorial Civitas 1988.
16. FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* Segunda edición . Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1991.
17. GRILLE, Antonio. *La Responsabilidad Médica en el Uruguay*. Tomado de la página <http://200.51.176.173/smu/doctri/SDMD0003.htm>
18. GUZMAN MORA, Fernando. *El acto médico, consideraciones esenciales*. Tomado de la página <http://www.medspain.com/ant/n10mar00/Actomed.htm>
19. LITIGIO.US. (n.d). *Litigio.us*. Recuperado el 17 de Junio de 2015, de <http://www.litigio.us>: <http://www.litigio.us/querella/burocratico/la-diferencia-entre-mediacion-y-arbitraje/>
20. LONRENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal-Culzoni editores, Argentina 1986.

21. MARTINEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual, 10ma ed., Temis, Bogota, 1998.
22. MARTINEZ-CALCERRADA, Luis. La Responsabilidad Civil Profesional. Editorial Colex, Madrid 1999.
23. MAZEAUD, Henri y León. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961-1963
24. MIRANZO DE MATEO, Santiago. *Revista de Mediación*, Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto de mediación. 2010. Pág 8.
25. MORENO MADRID, Francisco. La responsabilidad penal del médico. *Boletín Servicio de Pediatría Hospital Clínico San Cecilio*, 2012. Págs 34.
26. NEGRET ROA, Natalia. *Acción directa del beneficiario en el Seguro de Responsabilidad Civil Médico.- Propuesta de un nuevo modelo del seguro de responsabilidad civil frente a la mala práctica médica*. Universidad San Francisco de Quito, Enero 2010.
27. OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. *Conferencia Sanitaria Internacional*, Nueva York. 1946 pág. 1.

28. PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis, tercera edición, Bogotá 1981.
29. PÉREZ, Susana . *enplenitud.com*. Recuperado el 19 de Junio de 2015, de <http://www.enplenitud.com>: <http://www.enplenitud.com/malapractica-medica.html>
30. Real Academia Española. Recuperado el 18 de Junio de 2015, de <http://lema.rae.es>: <http://lema.rae.es/drae/?val=salud>
31. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: DAÑO. Tomado de la página <http://www.worldwidehospital.com/h24h/legresp3.htm>
32. SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y derecho procesal. Editorial Montecorvo S.A., cuarta edición, Madrid 1986.
33. SANER, Raymond. El Experto Negociador. Ediciones Gestión 2000
34. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley. 2001. Pág. 27.
35. URIBE CUALLA, Guillermo. La responsabilidad médica. Revista de la Facultad de Medicina, 1995, Págs. 554-555.

## 5.2 ANEXOS

### 5.2.1 ANEXO 1:

#### **Síntesis de la legislación ecuatoriana relacionada con el Arbitraje y Mediación**

Constitución de la República del Ecuador, año 2008, Capítulo cuarto, Función Judicial y Justicia Indígena Sección octava, Medios Alternativos de Solución de Conflictos.- Art.190.

#### **Introducción (Art. 426 de la Constitución de la República)**

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de Ley o desecharla acción interpuesta en su defensa ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

- <b>Constitución de la República</b>	Art.426;
Medios Alternativos de Solución de Conflictos	Art.190
Sobre Procedimiento Arbitral	Art.76 literal m
Sobre la responsabilidad civil y penal por mala práctica médica	Art. 54
El Derecho a la Salud	Art. 32
El Estado Garantista de la Salud	Arts. 36,361,362

- Ley de Arbitraje y Mediación Sept. 4/ 1997 Reg.Of.# 145
- Constitución de la República Año 1998 Art. 191
- Cód. Orgánico de la Función Judicial Arts. 7,17,50  
Num. 6,130, 11  
respect.

- **LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN**

Validez del sistema arbitral	(Art.1)
Arbitraje administrado o independiente	(Art.2)
Arbitraje de equidad o derecho	(Art.3)
Capacidad para acudir al arbitraje	(Art.4)
Definición del convenio arbitral	(Art.5)
Otras formas de someterse al arbitraje	(Art.6;7)
Medidas cautelares	(Art. 99)
Demanda arbitral	(Art. 10 de la LAM; Art.67 y 68 CPC)
Citación y contestación de la demanda arbitral	(Arts.11;12; Arts.73; 82 CPC)
Modificación de la demanda o contesta	(Art.13;14)
Audiencia de Mediación	(Art.15)
Designación de los árbitros	(Art.16)
Constitución del tribunal	(Art.17)
Obligación de cumplir el encargo de árbitro	(Art.18)
Inhabilidades para ser árbitro	(Art.19)
Reemplazo de árbitros	(Art.20)
Recusación de árbitros	(Art.21; Art. 15 de la L.O.F.J)
Audiencia de sustanciación	(Art.22; Art.168, numeral 6 Constitución)
Diligencia para mejor proveer	(Art.23)
Audiencia de estrados	(Art.24)
Duración del arbitraje	(Art.25 y 26)
Firma de los árbitros	(Art.27)

Transacción	(Art.28)
Conocimiento del laudo	(Art.29)
Inapelabilidad de los laudos	(Art.30)
Nulidad de los laudos (Art.31; Art.76 lit.m Constitución de la República)	
Confidencialidad del proceso arbitral	(Art.34)
Lugar del arbitraje	(Art.35)
Idioma del arbitraje	(Art.36)
Normas supletorias	(Art.37)
Organización de Centros de Arbitraje	(Arts.39, 40)

## 5.2.2 ANEXO 2

### SOLICITUD DE ENCUESTA

Guayaquil, xx de xxx de 2015

Señor(a)

NN

Ciudad;

De mis consideraciones:

Por medio de la presente solicitud me permito contar con su colaboración en la contestación a unas preguntas formuladas a los usuarios del sistema de salud, tanto a nivel médico y privado de la ciudad de Guayaquil, la presente encuesta está realizada para aportar con datos reales como fuente de información valiosa para la estructuración de un trabajo de investigación como estudiante de la maestría de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Guayaquil.

Para cumplir con lo solicitado, procedo a formular y explicar las preguntas que son parte de la elaboración de la encuesta pertinente al trabajo de tesis.

De antemano expreso agradecimiento por su valioso aporte y por el tiempo dedicado a la contestación de la presente encuesta.

Atentamente,

**Eco. Bolívar Larrea Herrera**

**C.C. 0907272637**

### 5.2.3 ANEXO 3

#### PREGUNTAS DE LA ENCUESTA

1. ¿Los centros de salud públicos y privados de la Ciudad de Guayaquil cumplen estrictamente con los protocolos estandarizados globalmente para el manejo hospitalario en procedimientos quirúrgicos y postquirúrgicos?

SÍ ( )

NO ( )

2. ¿Los médicos del sector de la salud pública y privada en la atención médica ambulatoria se ciñen a los protocolos idóneos y de cumplimiento estricto a la ética médica para el diagnóstico y prescripción médica efectiva que no deriven en efectos secundarios y adversos y de mayor complicación para el paciente?

SÍ ( )

NO ( )

3. ¿Ante la comisión de iatrogenia a un paciente que deriva en ciertos grados de discapacidad permanente, patológicas crónicas existe una respuesta por parte del agente causante, es decir, el médico o el centro hospitalario de buscar procedimientos y soluciones alternativas médico quirúrgicas para la remisión del padecimiento sin que implique costo alguno?

SÍ ( )

NO ( )

4. ¿Existe una respuesta oportuna y eficaz por parte de los servicios de salud ante la necesidad de atención médica urgente por parte de los ciudadanos amparados en el sistema de seguridad social y la ciudadanía en general?

SÍ ( )

NO ( )

5. ¿Considera usted que existe de parte del Estado ecuatoriano un marco judicial y extrajudicial efectivo que permita la protección, rehabilitación y resarcimiento respecto a los daños provocados por la comisión de iatrogenia y mala práctica médica?

SÍ ( )

NO ( )

6. ¿Se implementan Métodos Alternativos para lograr la solución de conflictos en la prestación de servicios médicos?

SÍ ( )

NO ( )

7. ¿Dispone la Defensoría del Pueblo de Guayaquil de un Centro de Mediación y Arbitraje así como de competencia legal, para atender las reclamaciones de responsabilidad civil por iatrogenia y mala práctica médica?

SÍ ( )

NO ( )