

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

El daño en la responsabilidad médica y su reparación integral en Ecuador

Samir Marcelo Pazmiño Ballesteros

Tutor: Francisco Oliva Blázquez

Quito, 2023

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Samir Marcelo Pazmiño Ballesteros, autor de la tesis intitulada “El daño en la responsabilidad médica y su reparación integral en Ecuador”, mediante el presente documento de constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir uno de los requisitos para la obtención del título de Doctor en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autoría de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respecto y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 12 de julio de 2023

Marcelo Pazmiño Ballesteros
C.C. 0601980139

Resumen

La tesis: “La tutela judicial médica: Los derechos a la salud y justicia: El daño ontológico en la responsabilidad profesional y su reparación integral en Ecuador ”, contiene la identificación reflexiva y crítica de las instituciones del sistema jurídico nacional, creadas para tutelar el derecho a la salud a través de los diferentes procesos que ofrece el sistema, una vez producido un perjuicio a la salud por la intervención de profesionales médicos.

El trabajo de investigación está estructurado sobre los contenidos de los derechos fundamentales descritos en varias normas e instituciones tuitivas del derecho a la salud. El capítulo preliminar inicia con un recorrido necesario y pertinente del marco normativo, especialmente textos constitucionales que dentro de sus disposiciones durante toda la época desde que inicia la República le dan énfasis a la protección de estos derechos.

En el primer capítulo las simetrías epistemológicas constituyen el desarrollo de los elementos instrumentales en busca de la identificación del fenómeno jurídico denominado “daño a la salud”, centro de creación de derechos, en tanto que el sistema jurídico es su custodio.

El cimiento del desarrollo investigativo constituye la persona, sujeto que goza de un vasto elenco de derechos y garantías. La responsabilidad médica desde una perspectiva múltiple, posibilidad que nace desde la concepción de la responsabilidad *per se*, entidad multidimensional y multicausal, con vinculación inmediata al derecho a la salud como eje conductor y elemento a tutelar.

En el ámbito de la prestación médica estos se reconocen y su protección se cumple a través de —principios bioéticos— instituciones como el consentimiento informado y todo un elenco de derechos a la información y decisión que son abordados de una forma transversal.

El segundo capítulo desarrolla un proceso transformativo —integración— que se decanta en la judicialización por violación del derecho fundamental —la salud— deja en claro que la profesión médica está en primera línea al haber mutado su paradigma, ubicándonos en el escenario del fin del paternalismo médico, al actual, en el que se privilegia los derechos del paciente.

La *ratio* del estudio procura criticar y proponer nuevos elementos de generación, acople y ajuste efectivo de la responsabilidad médica, proveniente de la llamada *lex artis*

ad hoc, proceso que se desarrolla en varios escenarios y esferas específicas en los que el actuar médico se despliega llámense estas la responsabilidad médica civil, penal y la estatal.

El análisis del espectro legalista de aplicación de la responsabilidad médica en el país, se ejerce con criterios de justicia vindicativa principalmente, y compensatoria, inaplicando con excepción el principio de dignidad de la persona que constituye el fundamento jurídico, político y filosófico de la responsabilidad, por ello que se destaca en el estudio de la reparación del daño, la magnitud de la lesión antijurídica, en vez de la graduación del comportamiento del victimario.¹

Dada la escasa producción jurisprudencial en materia de responsabilidad médica surge cuestionarnos si el sistema jurídico ecuatoriano con especialidad en esta materia es eficiente en procura de restablecer y reparar los derechos de las personas víctimas de esta prestación profesional.

Uno de los mecanismos para lograr despejar la hipótesis planteada es el permanente diálogo de la Constitución con el sistema normativo, diálogo que da lugar a un proceso de integración e interrelación dinámica de normas, máxime cuando además del sistema interno, se asume un sistema externo, de allí que el sistema jurídico-normativo debe conjugarse y, complementarse con la nomofilaquia jurisprudencial precedente, antecedidas de corrientes doctrinarias, fondo y forma del derecho que le dan contenido al estudio. Así se produce la irradiación del orden constitucional a todo el sistema jurídico.

La triada, daños, responsabilidad y reparación, sistematiza la razón del principio del derecho a la igualdad, sobre la cual se desarrolla la reparación integral en el moderno derecho de daños, está última identificada en el capítulo final en la medida que no se busca un escenario de igualitarismo, lo que sería catastrófico, así como tampoco la correspondencia matemática que anule toda capacidad de ponderación y libre criterio del juzgador, sino la fijación de criterios que permitan valorar los perjuicios de manera objetiva, sin generar discriminaciones injustificadas o enriquecimientos sin causa.

Palabras claves: salud, dignidad, Bioética, *lex artis*, consentimiento informado, perjuicios, responsabilidad médica, reparación integral.

¹ Enrique Gil Botero, *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Temis, 2014), 22.

Dedicatoria

Para todos quienes, con su aliento, impulsaron, preguntaron, insistieron y coadyuvaron
para que este trabajo salga a la luz.

En especial al doctor Santiago Andrade Ubidia (†)

Agradecimiento

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, mi afecto y perpetuo agradecimiento.

Tabla de contenido

Abreviaturas, acrónimos y siglas	17
Introducción.....	19
Contextualización: Salud y medicina en Ecuador.....	19
1. Generalidades sobre la evolución histórica de la salud y la medicina	19
1.1. Determinismo: evolución histórica de los saberes sobre medicina en Ecuador ..	21
1.2. Dimensiones protectoras desde el positivismo y la legalidad del derecho a la vida y la salud.....	29
1.2.1. La integridad y dignidad como tercer género	36
1.2.2. La legitimación de la dignidad humana	38
1.3. Constitución y derecho compensatorio.....	40
1.4. Principios nacionales y regionales de protección al paciente	42
1.5. Derecho a la atención médica apropiada y de calidad	50
1.5.1 Derechos de protección del paciente: derecho a la información y consentimiento informado.....	51
1.6. Los derechos en la relación médico-paciente: consentimiento informado	54
1.6.1. El derecho de autodeterminación del paciente	57
1.6.2. La relación médico-paciente en el siglo XXI.....	71
1.6.3. Principios básicos del derecho a la información y de la institución del consentimiento informado.....	71
1.6.5. La información como derecho fundamental del paciente	81
1.6.5.1. El derecho a no ser informado	86
1.6.6. Consecuencias de la inobservancia del deber de informar.....	88
1.6.6.1. Causalidad fáctica.....	89
1.6.6.2. Imputación objetiva	90
1.6.6.3. La omisión del consentimiento informado como conducta culposa del médico	91
1.6.6.4. La carga de la prueba de la omisión de consentimiento informado .	93
1.6.6.5. Determinación del <i>quantum</i> indemnizatorio	94
1.6.7. Derechos de protección del paciente: Segundo. El derecho a decidir....	94
1.6.8. La autodeterminación es el derecho a exteriorizar la voluntad.....	96
1.7. Autonomía de la voluntad, enfoques y despliegues propios del derecho asistencial al paciente	98
1.8. Los deberes profesionales del médico	100

1.8.1. El hacer médico en consideración de la Ética	103
1.9. Transición de paradigmas en la atención médica	107
Capítulo primero	113
El factor relacional: La sustancia daño y la responsabilidad médica	113
1. Daños: consideraciones preliminares	113
2. El daño - Generalidades	120
3. Categorización de los daños en cuanto al impacto en el sujeto	123
4. El daño en relación con los roles y funciones del sujeto	124
5. Incidencia en la diversidad de las funciones	127
6. Lesión a un interés. El problema se produce cuando el gusano se convierte en mariposa	128
7. Personalidad del daño	131
8. Certeza del daño	132
9. La injusticia del daño	134
9.1. Clasificación de los daños. Especialidad de la responsabilidad médica.....	136
9.1.1. El daño material o patrimonial	136
9.1.2. El daño no patrimonial. Los derechos de la personalidad.....	138
9.1.3. La estimación económica de la vida humana.....	139
9.1.4. Protección, disposición y colisiones normativas de la existencia del nasciturus.....	140
9.2. Los daños a la salud	145
9.2.1. Lesión o daño estético	146
9.2.2. Las denominadas lesiones psíquicas-sinistrosis.....	148
9.3. El daño moral.....	149
9.4. El daño emergente, el lucro cesante	155
9.5. Daño al proyecto de vida	157
9.6. Evolución: el daño a la persona	158
9.7. Teoría de la pérdida de oportunidad. La vida como daño	162
9.7.1. Wrongful Life.....	163
9.7.2. Wrongful Birth	164
9.7.3. Wrongful Conception o Wrongful Pregnancy	165
9.8. La teoría de los daños desproporcionados	165
9.9. Teoría del conjunto de deficiencias.....	167
9.10. Teoría de los daños continuados	167

9.11. Factores que permiten minorar el <i>quantum</i> de las indemnizaciones	167
9.11.1. Intervención o contribución de la propia víctima en la producción del daño	167
9.11.2. <i>Compensatio lucri</i> o regla de la compensación de ventajas.....	168
9.11.3. Deber de mitigar el daño	168
9.12. Sistema de baremos de daños personales	168
10. Nexo causal: la relación de causalidad, imputación objetiva, interrupción del nexo causal.....	169
10.1. Problemas causales	170
10.2. Causalidad e imputación.....	175
10.3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística de daños.....	180
10.4. Conceptos clave	186
10.4.1. Interrupción del nexo causal	187
10.4.2. Culpa exclusiva de la víctima	187
10.4.3. Intervención de un tercero.....	187
10.4.4. Caso fortuito o fuerza mayor.....	187
11. La antijuridicidad	188
12. Requisitos del daño. Reserva del daño resarcible	193
13. Medicina voluntaria o satisfactiva y medicina curativa o paliativa	194
14. Responsabilidad médica.....	195
14.1. La naturaleza de la obligación del médico: obligación de medios u obligación de resultado	199
14.2. Líneas de responsabilidad profesional médica	200
14.3. Acto médico.....	201
14.4. Tipos de actos médicos	204
14.5. Elementos constitutivos de la responsabilidad profesional médica.....	204
14.6. Niveles de responsabilidad sanitaria.....	206
14.7. Mala praxis	206
15. La <i>lex artis</i>	210
15.1. <i>Lex artis ad hoc</i>	213
15.1.1. Responsabilidad y mala praxis.....	214
15.1.2. Minuta: la historia clínica.....	214
15.1.3. El daño en la responsabilidad médica	216

15.1.4.Las víctimas del daño médico. Ruptura del paradigma: visibilización de la víctima.....	218
16. Justificación jurisdiccional del desagravio	220
16.1. Pacientes víctimas del daño médico y el derecho a la tutela judicial efectiva...	222
Capítulo segundo.....	227
Proceso transformativo-interacción	227
Vertientes de la responsabilidad profesional del médico.....	227
1. Responsabilidad civil del médico	227
1.1. Responsabilidad extracontractual y contractual	230
1.2. Funciones de la responsabilidad civil extracontractual	231
1.2.1. Elementos básicos de la responsabilidad extracontractual.....	232
1.2.2. Correspondencias, alcances y distinciones de la responsabilidad contractual y extracontractual	233
1.3. Sistemas de responsabilidad civil: subjetivo y objetivo.....	244
1.4. Factores objetivos de atribución	251
2. Responsabilidad penal del médico	254
2.1. El acto médico y el derecho penal	258
2.2. Imputabilidad.....	260
2.3. Relación ambigua y problemática	261
2.4. Juicio de previsibilidad, evitabilidad de la conducta	265
2.5. Interacciones y sinergias: Antijuridicidad y culpabilidad	269
2.5.1. Error médico. Presupuesto de la responsabilidad y sus excepciones...	273
2.6. El riesgo.....	275
2.7. Deber objetivo de cuidado	279
2.8. Realidad ecuatoriana de la vigencia del estancamiento de la justicia vindicativa. El proceso penal.....	289
2.8.1. Cifras entregadas de causas ingresadas y resueltas por la Función Judicial	294
3. La responsabilidad patrimonial objetiva del Estado en Ecuador	296
3.1. Contextualización de la doctrina jurisprudencial	297
3.1.1. Desarrollo, ubicación y aplicación específica del servicio médico estatal	302
3.1.2. La constitucionalización del derecho de daños a propósito de la responsabilidad estatal.....	306

4. Generalidades sobre temas procesales: Dificultades de probanza en los actos médicos	309
4.1. La relación de causalidad y su exigencia probatoria	313
4.2. Distribución del <i>onus probandi</i>	316
4.3. La inversión del <i>onus probandi</i>	318
4.4. Teoría de la facilidad probatoria y las cargas dinámicas	320
Capítulo tercero.....	325
Remedios y respuestas jurisdiccionales.....	325
1. La compensación: Daño emergente y lucro cesante	325
1.1. La reparación del daño. Vías de reparación: por convenio o a través de una acción judicial	332
1.1.1. Formas de reparación: reparación específica y reparación pecuniaria. La llamada deuda indemnizatoria.....	333
2. Principio de la reparación integral del daño.....	334
2.1. Compensación de lucros y daños.....	336
2.2. El <i>Quantum</i> indemnizatorio.....	337
2.3. Resarcir y compensar el daño al proyecto de vida <i>compensatio lucri cum damno</i>	337
2.3.1. <i>A razione personae</i> su adaptación a la reparación integral	340
2.3.2. Evolución compensatoria y sus límites	343
2.3.3. Silogismo vs. proporcionalidad en el resarcimiento	349
2.4. Responsabilidad extracontractual y justicia correctiva.....	353
2.5. Apertura: indemnización monetaria como interés personal.....	357
2.6. Potestad jurisdiccional del <i>quantum</i> resarcitorio	362
2.7. Los baremos en el resarcimiento del daño a la persona	365
2.8. El <i>statu quo</i> indemnizatorio	367
2.8.1. Prudencia judicial-criterio insuficiente y arbitrario	368
2.8.2. Nuevos componentes resarcitorios. Dimensión simbólica.....	370
Conclusiones	375
Bibliografía	385

Índices de tablas

Tabla 1 Criterios doctrinales desde la ortodoxa y heterodoxa	56
Tabla 2 Regulación jurídica de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Ecuador	238
Tabla 3 Procesos ingresados a la Fiscalía	290
Tabla 4 Comportamiento por territorios del delito de homicidio culposo	291
Tabla 5.....	292
Tabla 6 Causas de homicidio culposo ingresadas y resueltas	294
Tabla 7 Funciones de las medidas simbólicas.....	372

Índice de gráficos

Gráfico 1 Elementos que conforman el derecho a la salud	42
Gráfico 2 Acciones establecida por responsabilidad médica en Ecuador.....	289
Gráfico 3 Comportamiento de los procesos ingresados a la Fiscalía 2014-2018.....	290
Gráfico 4 delito de homicidio culposo	292
Gráfico 5 Homicidio culposo por territorios	292

Índice de ilustraciones

Ilustración 1 Número de causas ingresadas y resueltas por provincias	295
--	-----

Abreviaturas, acrónimos y siglas

AMA	Asociación Médica Americana
AMM	Asociación Médica Mundial
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CEN	Corporación Editora Nacional
CEP	Corporación de Estudios y Publicaciones
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COIP	Código Orgánico Integral Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRE	Constitución de la República del Ecuador
CNJ	Corte Nacional de Justicia
EE. UU.	Estados Unidos de América
FENOCIN	Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras
IARCE	Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado
IJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
ILDIS	Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INREDH	Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UASB-E	Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
UEC	Universidad Externado de Colombia

UNAM Universidad Nacional Autónoma de México

UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia

Introducción

Contextualización: Salud y medicina en Ecuador

1. Generalidades sobre la evolución histórica de la salud y la medicina

Desde el origen de la civilización, el derecho a la vida emerge del reconocimiento al ser humano; el hombre siempre luchó por ella y por mantenerse sano. Se conoce que en las diferentes sociedades siempre se buscaba a las personas con capacidades y conocimientos especiales para mantener la vida o para recuperarla en casos de enfermedad.

Las prácticas utilizadas en la antigüedad para curar eran eminentemente oscurantistas, se basaban en creencias religiosas y en poderes mágicos. Inicialmente, existió el brujo, que según Vergara² estaba dotado de dos elementos: el primero era su conocimiento acerca de las bondades curativas de las plantas, y el segundo, era allegado a los dioses, es decir, poseía conexiones con ellos.

Con el avance de la sociedad y surgen cuestionamientos relacionados con la intervención de los dioses en los procesos de salud y enfermedad. El galeno que contradecía esas concepciones daba lugar al naturalismo hipocrático y, con la aparición del racionalismo en la minoría ilustrada, se comenzó a negar la presencia sobrenatural relacionada con la salud.³

En la Edad Media, existía un control total de la religión, se mantenían los criterios de curación sustentados en ella. En esa etapa, los clérigos y sus asistentes eclesiásticos eran los que realizaban curaciones mediante técnicas como el exorcismo en personas con padecimientos mentales y epilépticos. Se consideraba que la enfermedad entra a la mente o al cuerpo humano y hay que sacarla utilizando varios medios. Así surgió el pensamiento relacionado con enfermedades y males de carácter social como las epidemias y contaminaciones de alimentos y agua que azotaron este período histórico.⁴

² María del Carmen Vergara Quintero, “Tres concepciones históricas del proceso salud-enfermedad”, *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, vol. 12 (2007): 44.

³ Emilio Quevedo y Carlos Eduardo Vasco, *Historia social de la ciencia en Colombia* (Bogotá: Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología Francisco José de Caldas, 1993), 12.

⁴ Natalia Fernández Díaz, “La historia de la medicina y de la enfermedad: Metáforas del cuerpo y de las instituciones. De la Edad Media al siglo XIX”, *Thémata. Revista de Filosofía*, n.º 45 (2012): 3.

Posteriormente, en la Edad Moderna, a partir del siglo XV⁵ se vive un auge de la ciencia, en especial de aquellas ramas relacionadas con la anatomía humana. Se realizan estudios basados en principios químicos y anatomofisiológicos que generan problemas de salud, dejan atrás las ideas vinculadas a la enfermedad con los castigos divinos; se muestra un alto interés por el cuerpo humano. En esta etapa, se viven muchos cambios, la invención del microscopio, la Revolución Industrial, junto con otros progresos; se comenzaron a reconocer como la génesis de enfermedades aspectos relacionados con el medio ambiente sujeto a la teoría microbiana. Inicia a tenerse en cuenta aspectos de índole biológicos, físicos y otros relacionados con los económicos, sociales y políticos que inciden en la salud.

En el siglo XVIII, las corrientes de pensamiento —la intelectualidad de la época— giraban en torno a los denominados enciclopedistas, filósofos, científicos, economistas, médicos etc.; quienes, desde la perspectiva de su pensamiento, cuestionaron el derecho divino de los reyes. De allí que y como complemento, las corrientes del racionalismo de René Descartes fundamentaron el pensamiento filosófico de la Revolución francesa 1789-1799. De este modo, la sola proposición —Pienso, luego existo— fue el detonante que llevó a la transformación del mundo y la salida del oscurantismo.⁶

Las nuevas concepciones sobre la existencia humana se sustentaron en varias corrientes de pensamiento de la época, la Ilustración, conocida como el Siglo de las Luces, basa sus concepciones en la eliminación del oscurantismo, dando lugar en este desarrollo a librar de la ignorancia a la humanidad a través del conocimiento y la razón.

De estas corrientes de pensamiento, para Borja Sarasola⁷ emergieron los postulados de razón, igualdad, libertad y fraternidad, que son los estamentos de la Revolución francesa y la base de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

La influencia de estas corrientes de pensamiento (es) la que permitió que, en los nuevos sistemas políticos, surgidos a partir de la caída del absolutismo, naciera el reconocimiento de los derechos, la dignidad de la persona, su consecuente goce y disfrute de la vida, así como la dignidad y la protección de seguridades que esta demanda, insertas en las políticas de Estado.⁸

⁵ *Ibíd.*, 14.

⁶ Francisco Guerra. *Historia de la medicina* (Madrid: Ediciones Capitel, 2007), 301.

⁷ Francisco de Borja Sarasola Jáudenes. “Principios y valores filosóficos, jurídicos y políticos de la Constitución de Cádiz de 1812” (tesis de grado, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 62.

⁸ Miguel Piedecabras. “Derecho a la salud”, en *Derechos del paciente*, Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecabras, 167-85 (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2011), 169.

Con posterioridad, en el siglo XIX, la influencia de la Revolución francesa, la aparición del socialismo y los estudios realizados por médicos como Pasteur y Virchow —según Vergara—,⁹ originaron un giro importante en el estudio de la medicina, dándole al enfoque biologicista una perspectiva de carácter social y política a las enfermedades. Es el inicio del uso de nuevas definiciones como agentes infecciosos e inmunidad, microorganismos y transmisión de las infecciones, en los comienzos del siglo XX se deja de estudiar la medicina desde un pensamiento estrictamente biológico de la salud para verla como un factor ligado al desarrollo, al contexto en que se desenvuelve la vida del hombre, dándole a la medicina un carácter multicausal.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946 define por primera vez la Salud Pública como “El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad”.¹⁰ Actualmente, autores como Figueroa¹¹ la consideran como una práctica de tipo social integrada cuyo sujeto y objeto de estudio es la salud de las poblaciones humanas, y es la ciencia la que se encarga de la prevención de enfermedades, discapacidades, de prolongar la vida, del fomento de la salud tanto física como mental, a través del esfuerzo organizado de la comunidad para sanear el ambiente y desarrollar una maquinaria de carácter social y así enfrentar cualquier problema de salud y conservar un nivel de vida adecuado.

1.1. Determinismo: evolución histórica de los saberes sobre medicina en Ecuador

Cuando escribimos, estudiamos o simplemente leemos un texto histórico, el ejercicio indispensable al que debemos acudir es ubicarnos en el tiempo; nos hacemos cargo de aquello que nos sucedió en un momento dado.¹² En el país, la ciencia médica inicia sus primeros pasos basada en un pensamiento médico crítico sobre la inequidad social y la desigualdad en la salud, jugando un papel importante en diferentes etapas. Se destacan los aportes realizados por Eugenio Espejo en los años de gestación del

⁹ Ibid., 4.

¹⁰ Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud* (Nueva York: OMS, 1948), 1.

¹¹ Sandra Figueroa. *Introducción a la salud pública* (Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos, 2013), 2.

¹² Enrique Ayala Mora, *Historia, tiempo y conocimiento del pasado: Estudio sobre periodización general de la historia ecuatoriana; Una interpretación interparadigmática* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador —USAB-E— / Corporación Editora Nacional —CEN—, 2014), 9. (*Determinismo*. Doctrina filosófica según la cual todo fenómeno está prefijado de una manera necesaria por las circunstancias o condiciones en que se produce; y, por consiguiente, ninguno de los actos de nuestra voluntad es libre, sino necesariamente está preestablecido).

movimiento libertario a finales del siglo XVIII; los trabajos relacionados con la epidemiología crítica realizada por Paredes en 1938; y el sistema de clasificación social planteado por Pablo Arturo Suárez en 1934, durante el proceso juliano, así como las contribuciones realizadas en la época contemporánea por Plutarco Naranjo, Rodrigo Fierro Benítez y Jaime Breihl, entre otros.

La Historia de la medicina en Ecuador está relacionada con las desigualdades sanitarias y sociales, al igual que al proceso de derrota de los derechos sociales y culturales.

A finales de la época colonial, las colectividades estaban organizadas y compartían la producción de manera equitativa, y todos tenían acceso a los bienes de consumo y a la salud que presentaba las restricciones propias de dicha etapa.

Un papel fundamental ocupaba en el ámbito de la salud, los sacerdotes, chamanes y sanadoras que eran reconocidos y demandados por la sabiduría que poseían tanto en *las curas* con plantas, como en el empleo de terapias ancestrales.

Las relaciones comunitarias en equidad dejan de funcionar y salen a la luz relaciones de poder desiguales, apareciendo intereses privados motivados por el ánimo de obtener riquezas. Según Paredes,¹³ las actividades fundamentales que se desarrollaron en el país durante la Colonia fueron, la expropiación del oro y de la tierra, unido a la explotación laboral de los señores a sus siervos; los primeros necesitaban que se mantuviera el control político y cultural de la nación, lo que coadyuvó a la pérdida de los saberes nativos, entre ellos los vinculados a la salud.

En el año 1565 se crea el Hospital de la Misericordia de Nuestro Señor Jesucristo que luego se llamó San Juan de Dios, brindaba servicios a españoles e indios en espacios separados. Y en el año 1566 se fundó otro hospital exclusivamente para indios.

Existía en el país un déficit de médicos, ya que solo en las grandes ciudades estaban presentes estos profesionales. En Quito, según Paredes, había un solo médico para una población aproximada de 2000 habitantes, por lo que una buena parte de la población era atendida por *curadores*, los cuales eran controlados por el Cabildo con el propósito de asegurar la atención y protección de la salud de la población.¹⁴

¹³ Virgilio Paredes. *Historia de la medicina en el Ecuador* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1963), 263.

¹⁴ *Ibíd.*, 276.

Similar situación presentaba Guayaquil que contaba con un pequeño hospital de solo seis camas y un solo médico hasta 1683, que se reconoce un crecimiento de estos profesionales y una partera titulada.

En el siglo XVII la atención médica estaba sujeta a la posición económica, por tanto, la minoría era la que tenía acceso a los médicos, mientras que el resto acudía a *hechiceros* y *chamanes*, y también a las *curanderas*, las *parteras* y los *sangradores* que empleaban la medicina casera. Tenían una mezcla de conocimientos mágicos y empíricos.

Destacó en este período la figura del cirujano barbero, quien gozaba de prestigio dentro de la sociedad, y realizaba extracciones de dientes, atendía abscesos y otras pequeñas intervenciones, los *sobadores* o *tocadores*, brindaban servicios afines con la traumatología.

Por otro lado, Paredes¹⁵ destaca al *hierbatero*, que era el encargado de recolectar y elaborar brebajes con hierbas medicinales: en 1610 se funda en Quito la primera botica, ganando gran importancia el papel de esta figura.

Ante la carencia de profesionales en medicina se fundó la facultad de esta especialidad en la Universidad de Santo Tomás de Aquino, en 1639. En esta etapa, el médico cirujano Senierges se destacó por realizar importantes intervenciones quirúrgicas en Quito y Cuenca, utilizando técnicas avanzadas para ese tiempo.

Durante el siglo XVII el país padeció de epidemias y desastres naturales, complicando la situación de salud. Se identifican entre las enfermedades más comunes en la Sierra, las respiratorias, gastrointestinales, artritis; y, en la Costa, el paludismo, el vomitoprieto y otras. Además de viruela, tifus, difteria, tétano, sarampión, época de vital importancia en Ecuador tomando en cuenta que se comienza a manifestar el movimiento ilustrado:

En estas circunstancias son importantes las acciones que Eugenio Espejo, médico quiteño de la ilustración y precursor de la independencia americana, las que en cadena relacionan la política, la ignorancia, la pobreza, la malnutrición, la enfermedad y la morbimortalidad, hace de Espejo un adelantado de la medicina social en el continente americano.¹⁶

¹⁵ Ibid., 14.

¹⁶ Rodrigo Fierro Benítez. "Biopatología, el yodo y la tiroides: Los isótopos radiactivos en la medicina ecuatoriana en el siglo XXI", en *La medicina ecuatoriana en el siglo XXI: Clínica y diagnósticos*, t. I (Quito: UASB-E / CEN, 2018), 313.

Sobresale la figura del quiteño Eugenio Espejo como médico y estudioso, puesto que enuncia junto con la salud, términos importantes como derechos, reconocimiento, vida, dignidad, y comprende la necesidad de un cambio en la situación de salud de la sociedad ecuatoriana.

Se manifiesta contra la ignorancia, la pobreza, la malnutrición, la enfermedad y la morbimortalidad, lo que lo coloca en un peldaño superior dentro de la medicina social no solo en el contexto nacional, sino dentro del continente.

En ese entonces la situación de salud en la sociedad ecuatoriana era bastante precaria en todos los ámbitos, aparece la lepra, entre otras afecciones contagiosas. La forma en que estas y las epidemias afectaron a los españoles y a los indios no fue la misma, al igual que su tratamiento y forma de combatirla, siendo la viruela la que más dañó a indígenas y criollos.

El país poseía una muy mala reputación por los problemas de insalubridad, tanto en el orden público como privado. En este último estaban establecidas determinadas costumbres como el escupir en el suelo, razón por la que se instalaban en las casas escupideras que formaban parte de la decoración del hogar y los salones, las personas se bañaban una vez por semana, al igual que el cambio de prendas interiores y exteriores.

En la región Costa, por sus características climáticas, las personas se bañaban sistemáticamente, a diferencia de la Sierra.

Se debe agregar que en el orden público en la Colonia los muertos eran enterrados en el interior de los templos, lo que agudizaba más la compleja situación de higiene pública existente, hasta que en el año 1789 se emitió una Cédula Real que dispuso la construcción de cementerios fuera de los poblados.

Espejo también se pronunció sobre este tema, enfrentó el difícil y hostil contexto que le correspondió vivir. Fue el primer higienista ecuatoriano, insistió en la necesidad de aislar a los enfermos que padecían enfermedades infecciosas y epidémicas, realizó estudios sobre la viruela y estableció un plan para mitigar y prevenir su propagación.

Además, luchó por la modificación de los métodos de enseñanza de la medicina enfocados en un concepto social identificando causas de problemas de salud como la higiene personal y social, la deficiencia de nutrición, los alimentos, entre otros factores a tratar.

En 1805, llega a Ecuador con una gran acogida por parte del clero y la población, la expedición Balmi, para propagar la vacuna de la viruela iniciando de esta manera, según Paredes,¹⁷ un nuevo período en lo referido a la medicina preventiva.

En Guayaquil, la expedición vacunó a más de 2000 niños, al igual que en Quito y Cuenca. Sin embargo, esta acción no se generalizó a todo el país, porque en muchas de las ciudades el abastecimiento no resultó ser el suficiente.

Por otra parte, en el año 1827 se crea la Universidad, y con ella se reorganizó la Facultad de Medicina, aspecto que contribuyó al crecimiento de los profesionales en Medicina, dicha institución se encargaba de supervisar la actividad de las boticas para garantizar la calidad de los medicamentos. En ellas se comercializaban los líquidos sellados con *tusas de maíz*, y los ungüentos envueltos de hojas de col o cajas de fósforos, por tal motivo, se expide un Reglamento de Boticas para perfeccionar la actividad.

En el mismo orden, la medicina nacional fue enriqueciéndose con conocimientos científicos y experiencias prácticas provenientes del continente europeo. Se implementó dentro de los estudios de esta especialidad la vinculación teórico-práctica, siendo sus máximos exponentes los médicos de nacionalidad francesa Étienne Gayraud y Dominique Domec.

Paredes asevera que se introdujo el empleo de medios para inyectar formol a los cadáveres para conservarlos; soluciones antisépticas para la limpieza de heridas y como elemento importante el uso de las historias clínicas, para llevar el control y monitoreo de los enfermos.¹⁸

Con el correr de los años, se crean nuevos hospitales, entre ellos en Ibarra, Ambato, Cuenca y Loja.

Anecdóticamente resalta una peculiaridad: el médico estaba relacionado con la política, normalmente,¹⁹ estos profesionales eran miembros del Senado, Consejero estatal, Diputado, etc., por lo que compartían durante el día ambas funciones.

En esta etapa, la definición de salud y su atención fue transformándose y los gobiernos locales fueron participando en los problemas de la salud, lo cual ganó en mayor protagonismo luego del triunfo de la Revolución Liberal,²⁰ manifestándose una

¹⁷ Paredes, *Historia de la medicina en el Ecuador*, 267.

¹⁸ *Ibid.*, 253-7.

¹⁹ *Ibid.*, 251.

²⁰ La Revolución Liberal dejó un amplio legado histórico en Ecuador actual. Fue un movimiento en contra de los gobiernos de carácter radical, impulsado por el general Eloy Alfaro, quien comenzó su lucha contra los conservadores en los años 60 del siglo XIX. El descontento social y la crisis económica que se vivía en la época fueron algunas de las razones para que estallara en Guayaquil el 5 de junio de

mayor responsabilidad del Estado con la salud. Se trabajó fundamentalmente en la erradicación de los focos de infección causantes de epidemias y enfermedades.

En el aspecto público y en lo referido a la higiene, la situación fue mejorando y ya para 1900 se creó en Quito el Cuerpo de Salubridad, que pertenecía al Municipio, que contaba con un grupo de barredores y carretas tiradas por mulas que recogían los desechos que se arrojaban en la quebrada de la Plaza de Armas y en los puentes de Guápulo.

El 5 de noviembre de 1908, mediante Registro Oficial 803 durante la administración del general Eloy Alfaro, se decretó el establecer el Servicio de Sanidad Pública, con personal contratado por el Estado. El Congreso de la República del Ecuador

1895 lo que conocemos hoy en día como la Revolución Liberal. La magna asamblea pública proclamó como jefe supremo de la República al general Eloy Alfaro, fundador del partido liberal radical. Desde esa fecha cambios importantes se realizaron en beneficio del país, como la separación del Estado de la Iglesia, se fortaleció por primera vez la educación pública gratuita, e impulsó la formación de los primeros maestros. A la vez consolidó la integración nacional con la construcción del ferrocarril Guayaquil-Quito, obra de importancia que modernizó al país. También conocida como guerra civil ecuatoriana, fue un movimiento revolucionario en contra de los gobiernos de carácter conservador, e impulsado por varias facciones insurgentes lideradas por Eloy Alfaro. La lucha que libró Alfaro durante tres décadas en contra de los Gobiernos de Gabriel García Moreno, Ignacio de Veintimilla, José María Plácido Caamaño entre otros, hizo que tuviera muchos destierros y exiliados políticos. Hasta que un 5 de mayo de 1895, Chone, un importante poblado de la provincia de Manabí, mediante Asamblea Popular convocada para el caso, desconoció el gobierno del Dr. Vicente Lucio Salazar y proclamó jefe supremo de la República al general Alfaro, proclama que fue respaldada luego por Guayaquil el 5 de junio de 1895. Comprendiendo que la revolución ideológica gestada en Guayaquil debía extenderse a toda la República, Alfaro envió Comisiones de Paz a Quito y Cuenca, buscando un arreglo político que permitiera las reformas liberales, aun a costa de hacer notorias concesiones. Ante la negativa serrana, Alfaro se preparó para la lucha armada, organizando sus fuerzas con las juventudes guayaquileñas, algunas montoneras y miembros del ejército que habían sido olvidados, relegados y mal pagados. Luego de sendas batallas en Chimbo, Socavón y Gatazo, entró triunfante a Quito el 4 de septiembre. En el ejercicio de su poder el viejo luchador realizó una magna obra dictando una Constitución política, que ha regido la vida del país durante el siglo XX. Hizo la consistente reforma de diversas leyes para dar seguridad jurídica a los ciudadanos, estableció un Estado laico separando el poder político de la influencia eclesiástica, trabajó por la unidad nacional con el Registro Civil, en 1902 expidió la Ley de Matrimonio Civil, norma que incluyó la ilegalización de los divorcios, gran parte de los latifundios de la Iglesia fueron expropiados, se eliminó el diezmo, se despenalizó la deuda de tributos impuestos a los indígenas. Además, la educación primaria se instauró como obligatoria, gratuita y laica, formó nuevos profesores con mentalidad y actitudes renovadas. También creó nuevos colegios de enorme prestigio, entre ellos el Colegio Mejía, el Colegio Eloy Alfaro, el Manuela Cañizares para mujeres, el Juan Montalvo entre otros. A estas obras hay que sumarle el conservatorio de música, la escuela de Bellas Artes. Alfaro apoyó la equidad de género, y por primera vez nombró a una mujer para un cargo público. La obra con la que se consagró fue la creación de una red de ferrocarriles para unir todo el país. Esto lo hizo durante el ejercicio de la presidencia por dos ocasiones. Debido a la Revolución Liberal Ecuador empezó a consolidarse como Estado-nación. Los intereses oligárquicos junto al conservador conspiraron para asesinar al viejo luchador dando fin a la Revolución Liberal en 1912, cuando fue brutalmente asesinado junto a su hermano Medardo y tres de sus coidearios más cercanos, siendo arrastrado desde el penal García Moreno hasta el parque El Ejido en Quito, donde una turba embriagada y pagada incineró su cadáver escribiendo un página negra de la historia del Ecuador liberal, <http://www.forosecuador.ec/forum/ecuador/educación-y-ciencia/44688-la-revolución-liberal-del-ecuador-resumen>.

consideró que la Salud Pública es la Suprema Ley de los Pueblos, tanto en lo que mira al bienestar interno de estos, como en lo que se refiere a sus relaciones internacionales.²¹

Virgilio Paredes relata que en las ciudades de Quito y Guayaquil se construyeron baños y retretes inodoros. No obstante, en la capital, las alcantarillas desembocaban en las quebradas, lo que provocaba que en época de lluvia se generaran focos de infección que provocaban fiebre tifoidea.²²

La situación en Guayaquil era aún más compleja, porque existía gran insalubridad y se expandió la fiebre amarilla. Por ello, en palabras de Aguas²³ los barcos evitaban desembarcar en el puerto y, por tal causa, en 1918 murió la esposa del cónsul estadounidense en esa ciudad.

Después del mencionado fallecimiento, el gobierno solicitó a la Fundación Rockefeller su colaboración con la epidemia. Así, viajaron a Guayaquil los médicos Miguel E. Connor e Hideyo Noguchi, que junto al doctor Wenceslao Pareja y el Departamento de Sanidad Ecuatoriana emprendieron con la aplicación de la vacuna de la fiebre amarilla.²⁴

Igualmente, se llevó a la implantación de obras de canalización y agua potable y se crearon las denominadas Juntas de Sanidad que operaban en las capitales provinciales sujetas a la dirección del Ministerio de Beneficencia y Sanidad.

Más aún en el orden de la medicina, el gobierno facilitó becas para aquellos galenos que retornaran del exterior y que introdujeran en el país avances tecnológicos como rayos X, anestesia, fisioterapias, entre otros.

²¹ Registro Oficial 803, 5 de noviembre de 1908. Administración del general Eloy Alfaro. Decreta: Artículo 1.- Establécese el Servicio de Sanidad Pública, cuyo personal será médico, si fuere posible y constará de: 1. Un director y dos ayudantes. [...] Artículo 12.- Son fondos de sanidad pública los doscientos cuarenta mil sucres votados en la Ley de Presupuestos, que se invertirán en el pago de sueldos, adquisición de materiales, sostenimiento de Lazaretos y más gastos que ocurrieren en el servicio de sanidad. Los doscientos cuarenta mil sucres expresados, serán administrados por el Servicio de Sanidad Pública, con sujeción a las leyes vigentes sobre administración de fondos públicos. El Servicio de Sanidad Pública depositará sus fondos en el Banco Central del Ecuador de la ciudad de Guayaquil, y girará por las sumas que se invirtiere, previa aprobación de las cuentas y el *páguese* del Gobernador de la provincia del Guayas. En caso de necesidad urgente, como cuando se trata de la propagación de epidemias podrá el presidente de la República aumentar los fondos señalados en el presente. Los fondos de que se habla en este artículo serán dedicados a la obra de Saneamiento de la ciudad de Guayaquil, conforme lo expresa el Decreto ejecutivo del 24 de marzo de 1908. Para el saneamiento de otros lugares en la República deberán allegarse fondos para las Municipalidades respectivas, las que quedan autorizadas para establecer los correspondientes impuestos, pero en el caso que hubiere necesidad de los fondos aquí señalados, pueden tomárselos enseguida, con cargo de reintegrárselos al servicio de sanidad pública [...].

²² *Ibíd.*, 262.

²³ Juan Carlos Aguas Ortiz, *Medicalización y política internacional en el Ecuador del siglo XX: El Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez"* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2015), 112.

²⁴ *Ibíd.*, 116.

Se expide el Decreto Ejecutivo el 4 de noviembre de 1913, en el que se reconocía a la medicina como una obligación del Estado ecuatoriano; que la asistencia médica debía ser gratuita y financiada por los municipios.

El ministro de Previsión Social y de Sanidad Pública, doctor Isidro Ayora en mayo de 1926²⁵ contrató la provisión de vacuna antitífica, según el método de Vincent —vacunas contra la influenza— para la Dirección de Sanidad de la Zona Central, entre otras acciones de salud pública que inician con el accionar efectivo del médico Isidro Ayora.²⁶

Son acontecimientos y momentos importantes a destacar en la historia de la salud, la Revolución Juliana, que es vista por Breilh y Herrera²⁷ como un salto de modernización en el orden estatal donde destaca la centralidad de la salud realizada especialmente durante la presidencia de Isidro Ayora.

Se considera que dicha centralidad dio cumplimiento a estudios y propuestas realizadas, y permitió relacionar la salud con los determinantes sociales, lo que se reconoció a nivel continental.

En estos años se establecen las bases de la salud pública; el Estado asume su papel para atender esta esfera. Se consolida la asistencia social y se crean instituciones para asegurar la higiene.

Nace la Ley de Asistencia Pública para brindar servicios a las personas sin recursos, además de otras normativas relacionadas con la salud y su implementación, como el Código de Policía Sanitaria que tenía por objeto apoyar ejecutivamente la acción de las autoridades técnicas de Sanidad e Higiene, a fin de que se cumplan todas las disposiciones del ramo y todas las leyes y reglamentos sanitarios u ordenanzas municipales sobre higiene.²⁸

²⁵ Registro Oficial 21, 22 de marzo de 1926. Ministerio de Previsión Social. Contrato. El doctor Isidro Ayora, Ministro de Previsión Social y Sanidad Pública y el doctor Francisco Cousin, convienen en celebrar el presente contrato. 1.- El señor doctor Francisco Cousin se compromete a proporcionar a la Dirección de Sanidad de la Zona Central el número de dosis de vacuna antitífica según el método de Vincent que dicha Dirección le solicite, con anticipación de quince días. 2.- La vacuna será siempre fresca. 3.- La Dirección de Sanidad se compromete a comprar al doctor Coisin el *minimum* de mil quinientas dosis anuales. 4.- La Dirección de Sanidad abonará al doctor Cousin a razón de dos suces por cada dosis de vacuna que entregue y en dividendos mensuales proporcionales.

²⁶ Isidro Ayora, escribe su tesis previo al grado de doctor el 17 de enero de 1905 sobre: “Las leyes biológicas y sus aplicaciones en patología y terapéutica”. Tomado del archivo de la Universidad Central del Ecuador.

²⁷ Jaime Breilh Paz y Miño y Fanny Herrera, *El proceso juliano: Pensamiento, utopía y militares solidarios* (Quito: UASB-E / CEN, 2011), 200.

²⁸ Registro Oficial 364, 18 de junio de 1927. Administración del doctor Isidro Ayora, presidente provisional de la República. Título III. Atribuciones y Procedimientos de la Policía Sanitaria. Artículo 6.- La Policía Sanitaria tiene la facultad de inspeccionar por medio de sus autoridades y agentes, todas las

Se puede decir que existió una evolución positiva con respecto a la evolución normativa en el derecho a la salud, la que siempre viene atada a los progresos fuera de nuestras fronteras.

Jaime Breilh plantea que las argumentaciones que nos han inspirado para hacer una historia de la salud socialmente útil han estado ligadas a un proyecto emancipador y como herramienta para la lucha de una sociedad saludable.²⁹

Después del relato del desarrollo y tratamiento de la medicina a los daños que ha provocado las enfermedades, las disposiciones legales ni ninguna norma de menor rango, hace relación ninguna a la prevención del daño como tal, ese mismo discurso nacional nada refleja respecto de la responsabilidad de los médicos en las actuaciones profesionales, estamos pues ubicados en el contexto de que el médico y sus actuaciones fueron absolutamente irresponsables por los perjuicios que su práctica podría producir, así queda en evidencia el vacío normativo y la propia cultura de no identificar al daño como el elemento formulador de la responsabilidad profesional.

1.2. Dimensiones protectoras desde el positivismo y la legalidad del derecho a la vida y la salud

La vida constituye el primer derecho —súper derecho— reconocido como *derecho natural*, preexistente a toda legislación positiva e incluida por supuesto en la primera ley del país como es la Constitución.

casas y domicilios sin excepción alguna. No darán lugar a la acción de allanamiento estas visitas sanitarias siempre que el empleado de Sanidad exhibiere su carnet o nombramiento al dueño de la casa o de la vivienda que inspeccionare. Artículo 7.- La Policía Sanitaria tiene derecho igualmente a inspeccionar y fiscalizar la higiene de todos los establecimientos comerciales o industriales en general, como peluquerías, cigarrerías, hoteles, casa de posada, casas de recreo, restaurantes, cafés, fondas, casinos, clubes, cantinas, cervecerías, picanterías, fábrica de guarapos, aguardientes, alcoholes o bebidas gaseosas, refresquerías, dulcerías, pastelerías, panaderías, carnicerías o mataderos, lecherías, fruterías, boticas y droguerías, bodegas, depósitos, consignaciones y, en general, todo abasto y toda fábrica de sustancias alimenticias o bebidas destinadas al consumo público. También tiene derecho de tomar cuantas veces lo creyere conveniente, muestras de artículos alimenticios expuestos a la venta del público, o muestras de artículos en las mismas fábricas, así como de las materias primas con que se fabriquen, a fin de poner dichas muestras a disposición de las autoridades técnicas del ramo para su consiguiente análisis. [...] Artículo. - 9.- La Policía Sanitaria actúa de tres maneras: preventivamente, defensivamente y correccionalmente. Preventivamente cuando procura evitar una infracción mediante reglamentos, disposiciones, avisos, amonestaciones, amenazas o advertencias. Defensivamente, cuando toma medidas para evitar la continuación de una infracción o de sus consecuencias en contra de la salubridad o higiene públicas o para evitar la propagación de una enfermedad. Correccionalmente, cuando previa orden de autoridad competente, juzga a los remisos o reveles y los castiga con las penas establecidas en este Código, ya por desobediencia a las órdenes recibidas, ya por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas del ramo. No se podrán adoptar medidas correccionales contra una persona, si no se han tomado antes medidas preventivas.

²⁹ Jaime Breilh Paz y Miño, *La medicina ecuatoriana en el siglo XXI: Clínica y diagnóstico* (Quito: UASB-E / CEN, 2018), 90.

Acerca del derecho a la vida resulta oportuno plantear que este, además de ser recogido como un derecho natural, concreta su surgimiento en el cristianismo, en el que ocurre una separación entre la persona y el Estado, dándosele a la primera valor e identidad, y reconociendo que el ser humano es un ser único e irrepetible y, por tanto, se debe respetar su individualidad.³⁰

En ese sentido, Tomás de Aquino,³¹ quien afirma que el hombre es un ser racional con capacidad plena para pensar, razonar y tomar conciencia de sus actos y, en consecuencia, la vida de las personas es un derecho y debe respetarse, constituyendo este el sustento de orden material para el ejercicio de los restantes derechos.

El derecho a la vida, base de toda nuestra existencia, se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que preceptúa: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad.³² Se distingue igualmente en instrumentos en materia de derechos humanos de carácter regional y en consonancia con ello en la normativa interna.

Este derecho no debe limitarse, expresa Colautti, al sentido físico solamente, atendiendo a las complejas dimensiones que posee la personalidad del hombre que trasciende integralmente a lo espiritual, económico, social y cultural. Todo ello debe tomarse en cuenta como condición medular para su ejercicio pleno, incluyendo poder vivir en un medioambiente sano y sin discriminaciones, entre otros aspectos.³³

El derecho a la vida está interrelacionado de manera directa y así se interpreta su vinculación con el derecho a la salud. Tomando en cuenta lo que refiere Papacchini,³⁴ el derecho a la salud no se restringe al hecho de ser protegidos de la muerte, atendiendo a que engloba un conjunto de elementos de orden social, laboral, económico, sanitario y de asistencia de salud para lograr que la vida adquiera un nivel proporcional con la dignidad humana: se infiere que el reconocimiento al derecho a la vida aparece referido preferentemente al soporte biológico y psíquico del hombre.³⁵

³⁰ Miguel Ángel Alegre Martínez. “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, n. ° 53, (2002): 21.

³¹ Tomás de Aquino nace en 1225 en el siglo XIII. Desarrolla en varios estudios de teología y filosofía en la Universidad de París. Introduce el racionalismo y muere en 1274.

³² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (París: ONU, 1948), art. 3.

³³ Carlos Colautti, *Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 2004), 18.

³⁴ Ángel Papacchini, *Derecho a la vida* (Cali: Editorial Universidad del Valle, 2012), 132.

³⁵ Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho constitucional* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1994), 192.

El derecho a la vida es un derecho humano prioritario y exige que en el ámbito de la salud se aseguren aquellas estructuras, mecanismos y servicios encaminados a su protección.

En el contexto nacional, la evolución de los derechos fundamentales y, en especial, el derecho a la vida se manifiesta en las diferentes constituciones que han regido el ordenamiento jurídico del país desde su carácter ideológico, relacionado con las luchas y reivindicaciones sociales y, desde la estructura del Estado, que tiene relación con el tratamiento de los derechos y la organización política.³⁶

En el marco referencial, durante todo el siglo XIX las constituciones respondieron al modelo político de la época liberal-conservadora. En la segunda perspectiva, el Estado ecuatoriano desde la primera Constitución de Riobamba en 1830, estableció garantías en pro de la protección a la vida.

En relación con el carácter ideológico mencionado, los Gobiernos alfaristas imperantes en los años 1897 a 1901 y 1906 a 1911 propiciaron la reivindicación de la clase trabajadora, sus derechos laborales y la inclusión del concepto de “identidad” a partir de la creación del Registro Civil. En ese sentido, se hace un reconocimiento a los derechos de libertad y los derechos políticos desde una perspectiva extremadamente restringida.

A partir de la Constitución de 1929 hasta la de 1967 aparece una segunda tendencia, influenciada por el movimiento obrero y por los partidos y movimientos vinculados al socialismo; se reconocen los derechos sociales, laborales, económicos y culturales, especialmente luego de la Revolución Juliana del 9 de julio de 1925, que defenestró a gobiernos plutocráticos. El gobierno que surge de dicha revolución fue encabezado por el médico Isidro Ayora, quien durante su administración procuró importancia primordial a la salud mediante la creación de la primera Ley Sanitaria y la creación de hospitales a cargo del Estado, entre otros, el que ahora lleva su nombre: Maternidad Isidro Ayora, en la ciudad de Quito.

La visión positivista de la salud se incubó con la perspectiva biomédica de la práctica curativa de la salud y de la gestión pública funcional a la economía [...] sin encauzar elementos críticos del sistema sanitario, ni comprender la determinación estructural de los problemas y la profunda inequidad social que afecta a las clases desposeídas.³⁷

³⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. (Ponencia, Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012).

³⁷ Jaime Breilh, citado en Rodas, “Visión histórica de la antinomia salud-enfermedad. Enfermedades en Quito y Guayaquil”, 15.

La salud y, por ende, el reconocimiento del ser humano como parte preponderante de los marcos legales constitucionales fue considerada en la Constitución Política de 1998 y fortalecida con la Constituyente de Montecristi.

La aprobación de la actual Constitución de la República, y su vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, no solamente ha significado una más de las tantas Cartas Fundamentales que se han producido a lo largo de la historia republicana de Ecuador. [...] La Constitución de la República define a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico en su primer artículo, constituyendo el más alto deber del Estado la defensa de los derechos garantizados en ella conforme se señala en el numeral 9 del artículo 11 de la CRE. En este contexto, la propia Constitución establece en el numeral 7 del mismo artículo 11: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”; y, por ende, garantizándose a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.

El principio de dignidad humana, por el cual todas las instituciones, incluidos el Estado y el derecho, deben estar al servicio del hombre, debe acomodarse a las necesidades de este. De esta manera, “todo el poder represor del Estado encuentra un límite infranqueable en la dignidad de la persona humana”. Para estos efectos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 1 que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.³⁸

La Constitución vigente reconoce a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, fundamentándose en los derechos del individuo, y se consolida esa garantía constitucional con todos los poderes públicos; se amparan y respetan los derechos fundamentales en la corriente del neoconstitucionalismo.³⁹

³⁸ Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, “Acción Extraordinaria de Protección”, en *Caso n.º 0225-09-EP*, Sentencia n.º 034-10-SEP-CC: Quito, 24 de agosto de 2010.

³⁹ La centralidad de los derechos de la Constitución. Otra explicación del predicado Estado de derechos es que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo con relación a la parte orgánica y la relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución. Por ello, no es casual que las garantías sean políticas públicas, normativas y, en última instancia, judiciales. Constitución de la República del Ecuador. Título III, capítulo segundo, de las garantías públicas y participación ciudadana y, capítulo tercero, garantías jurisdiccionales. Arts. 84-94. Norberto Bobbio, en un célebre ensayo traducido como *La era de los derechos*, hace una aproximación interesante a los derechos humanos desde la Historia de la Filosofía. Bobbio sostiene que la revolución de los derechos humanos es a la ciencia jurídica y política lo que la revolución copernicana fue a la ciencia física. Los derechos humanos, en relación al Estado, intervienen el punto de vista del análisis y la centralidad Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto a la era de las obligaciones. Lo importante no es el Estado sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el que tiene el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido. La relación, si nos permiten la metáfora, es como cuando una persona toma un taxi: en la era de las obligaciones el piloto decide el lugar adonde se dirigen, en la era de los derechos decide el pasajero. Así, en las relaciones del Estado, en la era de las

Este enfoque rompe con los tradicionales paradigmas; se sustenta en los derechos fundamentales y en la existencia intrínseca de los principios antes que, en la aplicabilidad purista de la norma legal, terminando un período en el que se sustentaba la idea de la justicia en el lado patrimonial y bajo las reglas y normas del Código Civil, constituido en la espina dorsal de todo el sistema jurídico.

Esta nueva visión normativa, integral, constitucional, introduce el concepto de los derechos del Buen Vivir.

Considera a la salud como un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros y se hace real a través de políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; se considera como de acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones, servicios de promoción, atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva.

Se prioriza que la prestación del servicio sanitario se ejecute bajo los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.⁴⁰

El sector de la salud se regula como uno de sus ejes transversales dentro de los elementos constitucionales. El principio de ponderación, es decir, el interés en buscar la verdad y otras garantías como el principio de presunción de inocencia, como también lo relacionado con la lealtad procesal, pero sobre todo se enfoca el derecho *pro homine* y no del propio Estado.

Los Tratados Internacionales ratificados por Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, de no restricción de derechos, de aplicación directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.⁴¹

obligaciones la autoridad estatal decide el destino de las personas, en la era de los derechos las personas gobernadas deciden sus propios destinos. Reconocer la centralidad de la persona o grupos de personas implica algunas consecuencias para la teoría. Desde el punto de vista metodológico, la sociedad y la política parte de las personas y no del Estado; desde el punto de vista ontológico, se reconoce la autonomía de cada individuo o la autodeterminación de un pueblo; desde el punto de vista ético, la persona y los pueblos son entes morales e irreductibles. En este sentido, decir que el Estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la Ley. Si una persona se aproxima al tratamiento de los derechos de la Constitución de 2008, podrá apreciar que es un eje transversal que cruza no solo la parte de principios del Estado, los derechos, sino también la parte orgánica, la participación, germen de desarrollo y hasta la finalidad de las fuerzas armadas. Véase “La centralidad de los derechos de la Constitución”, en Ramiro Ávila Santamaría. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, eds. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011), 135.

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 32.

⁴¹ *Ibíd.*, art. 417.

La Ley Suprema considera al ser humano el centro y razón de ser de la sociedad; y de allí se complementa a la familia como su núcleo social. De su unicidad se estructuran los marcos sociales y legales.

Igualmente, coloca en una posición preponderante los derechos individuales y fundamentalmente la preservación y perpetuación de la vida. En efecto, la norma constitucional vigente recoge una gran carga de derechos, sin embargo, la tendencia hiper presidencialista manifestada en el Gobierno del ex mandatario Rafael Correa, terminó deslegitimando su concepción garantista.

La Ley de Derechos y Amparo del Paciente,⁴² que es una norma secundaria preconstitucional, especial en el amparo del derecho a la salud y al paciente, que está desconectada de los principios constitucionales por la época en la que fue dictada. Sin embargo, y a pesar de su extensión —cuenta con tan solo 16 artículos— y dada su vigencia, se destaca la protección del derecho a la atención oportuna, en el centro de salud de acuerdo con la dignidad que merece todo ser humano y ser tratado con respeto, esmero y cortesía.

El acoplamiento normativo en vera de protección de los derechos desde lo constitucional, legal y supranacional, garantiza esta prestación de parte de instituciones y profesionales inmersos en este derecho: la salud.

Así, el derecho a la salud deja de ser considerada una suerte, sino un derecho.

Ahora, bien, en este contexto, la figura del médico es fundamental para asegurar el derecho; resulta esencial el hecho de que al médico se le contempla como un especialista, un técnico y no como un adivino, y peor que su actividad únicamente se relacione con la mercantilización de su labor.

De manera creciente, la sociedad civil reclama atención médica y sanitaria eficiente; además, se puede establecer que en pocas áreas del ordenamiento jurídico existe tanta divergencia entre lo declarado y la práctica como en materia de salud.

Como ocurre con otras declaraciones jurídico-políticas, los derechos muchas veces parecen agotarse solo al enunciar; sin embargo, para lograr que estos derechos no solo sean declarados, la administración de justicia deberá coadyuvar a su fortalecimiento

⁴² Ecuador, *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*, Ley 77, Registro Oficial-Suplemento 626, 3 de febrero de 1995, art. 2.

y, con ello, se permitirá que tales derechos estén cubiertos y garantizados por profesionales médicos.⁴³

Tal como se plantea, el derecho a la vida comprende el derecho a la salud, a la asistencia médica oportuna y todos los demás derechos concomitantes relacionados con los anteriores, protegidos por todo el bloque de constitucionalidad, a decir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CADH, entre otros.

Destaca que la normativa convencional —internacional— en materia de derechos humanos se torna en vinculante dentro del sistema jurídico nacional, que justifica su aplicación, bajo la ponderación y la racionalidad que obligan a que se trasladen reglas humanitarias y progresistas no solo a favor de una de las partes, sino de quienes enfrentan un proceso judicial.⁴⁴

Actualmente, no es posible dejar pasar inadvertidas las recomendaciones y la doctrina surgida de los órganos de justicia internacional encaminados a lograr materializar los derechos humanos. Por ello, se recurre a estas instancias para hacer valer

⁴³ En orden de jerarquía ante la acusación de que la prestación de servicios públicos médicos ha provocado daños a derechos fundamentales de la persona, hay que establecer la procedibilidad de la judicialización de tales derechos, lo que implica distinguir la presencia de derechos civiles caracterizados por constituir obligaciones negativas para el Estado. Tal es así, abstenerse de matar, torturar, violar correspondencia, etc., mientras que los derechos sociales exigen obligaciones de tipo positivo; por ejemplo: dar prestaciones como otorgar servicios públicos de salud, educación o vivienda. En el primer caso, el Estado cumplirá su tarea como mera abstención. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado; exigen conductas positivas, tales como la reglamentación destinada a definir y las restricciones de los derechos, actividad administrativa de regulación, la protección frente a las inferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares. La promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho y el pago de las indemnizaciones cuando estos derechos han sido vulnerados. La naturaleza de los derechos civiles, que a decir del menor fueron violentados, no es impedimento para considerar que estos son derechos perfectamente justiciables en busca de tutela jurisdiccional efectiva. Por ello, corresponde a quienes administramos justicia hacer que se respete y defienda y asegure constitucionalmente la personalidad del individuo. Así, el derecho a la integridad física es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos (Corte IDH, Caso Niños de la Calle Villagrán Morales; “Sentencia de 5 de julio de 2006”, en caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Caíta) vs. Venezuela*). A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. El protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto del bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Los Estados partes de la Convención Americana tienen el deber fundamental de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en la Convención, de acuerdo con el art. 1.1. (Caso Rodríguez, Caso Cantoral Huamaí y García Santa Cruz; Caso Zambrano Vélez y otros; y, Caso Masacre la Rochela). La responsabilidad de responder puede provenir de actos realizados por particulares, como ocurre cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de tercero que vulneren los referidos bienes jurídicos. En este orden, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de la clínica privada) la responsabilidad es objetiva, y resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo. [Sentencia caso *Juan José Pazmiño Pástor vs. Clínica Pasteur y otro*, 2 de marzo de 2011].

⁴⁴ Carlos Pinzón Muñoz, *La prueba de la responsabilidad extracontractual del Estado* (Colombia: Ediciones Doctrina y la Ley, 2015), 47.

los mismos, entre ellos a la Corte IDH para que se ejecute el denominado control de convencionalidad.

Dicho órgano tiene entre sus facultades la emisión de dictámenes en contra de aquellos Estados que incurren en vulneraciones de la CIDH; por lo que cuando la normativa interna resulte incongruente con la CIDH, se exige al Estado que se atempere su normativa con dicho instrumento internacional.⁴⁵

1.2.1. La integridad y dignidad como tercer género

La integridad y la dignidad son valores intrínsecos al ser humano, sin distinción de sexo, edad o condición. El individuo es un ser integral que comprende dimensiones físicas, emocionales, mentales, sociales y espirituales; la dignidad es un derecho fundamental y es un valor inherente al ser humano.

La Declaración de los Derechos Humanos establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.⁴⁶

La dignidad es vista como una institución social en función de la persona cuyo desarrollo depende de que la misma esté reconocida y protegida como derecho fundamental. En el orden interno posee un valor moral para el hombre y una arista externa basada en su carácter jurídico, respecto a que se basa en la libertad de acción de la persona.⁴⁷

De manera más asequible, la dignidad se sustenta en el respeto y la estima que una persona tiene de sí misma; cuando se reconocen las diferencias de cada persona y son toleradas, la persona puede sentirse digna, con honor y libre. Sin embargo, no siempre todos reciben la atención digna que satisface sus necesidades.

A partir del principio de dignidad inherente a la persona existe un llamado inmediato de ella hacia los demás, para ser reconocida como persona, para establecer que merece ser afirmada como tal.

Frente a estas premisas está la responsabilidad que posee todo ser humano de estar dispuesto a responder por sus acciones, asumir consecuencias y el compromiso a

⁴⁵ Corte IDH: “Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y costas)”, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* [...], 160. El Tribunal ya indicó que valora de manera positiva la decisión del Estado en el sentido de realizar esfuerzos para mejorar y adecuar la legislación acerca de la práctica médica en general, e incorporar en ella las precisiones necesarias para garantizar de manera efectiva que el régimen jurídico aplicable favorezca la debida realización de la justicia (supra párr. 11 y 137).

⁴⁶ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 1.

⁴⁷ Carlos Fernández, *La noción jurídica de la persona* (Lima: San Marcos, 1962), 35.

través de un proceso formativo comprometido con la dignidad y los valores fundamentales del ser humano.

Corresponde señalar que la Historia de la Filosofía, según Nicol, se desarrolló en tres temas centrales: primero, la metafísica; después, la epistemología; y, finalmente, la antropología. Esto se debe a que el ser humano se preguntó primero sobre el *ser*; luego sobre la forma en que se obtenía el conocimiento sobre ese *ser* y, posteriormente, el ser que conoce al *ser*, es decir el ser humano.⁴⁸

Por tanto, de la comprensión que se tenga de la naturaleza humana deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza; lo que se conoce como dignidad. Vocablo que deriva del latín *dignitas*, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro —que merece—, y que corresponde en su sentido griego a *axios* o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor.⁴⁹

El ser humano tiene una naturaleza distinta a la de los demás seres: es capaz de autogobernarse y, además, posee la cualidad de poder comprenderse a sí mismo como un ser individual y, a la vez, como parte de una sociedad en la que interactúa con sus semejantes. Aunque se identifica con sus iguales, no se comporta de manera idéntica a ellos, puesto que no solamente tiene un *ser*, sino que puede tener *modos de ser*, como los llama Nicol.⁵⁰

La noción de dignidad humana es una de los axiomas que en el ámbito jurídico y de la filosofía presenta dificultades para su esclarecimiento y conceptualización, atendiendo a que depende de los postulados filosóficos en los que se sustente la argumentación.

Actualmente, la noción de dignidad más empleado posee una naturaleza eminentemente instrumental, en la que se hace referencia a la dignidad como el respeto o trato de la manera adecuada a las personas por su condición de seres humanos, pero sin entrar a señalar las razones de por qué se le debe ese trato, con lo que se deja a otros ámbitos de reflexión el indagar sobre la naturaleza humana o las características de lo humano que sustentan la dignidad.⁵¹

⁴⁸ Eduardo Nicol, *La idea del hombre* (Ciudad de México: Herder, 2004), 23.

⁴⁹ Juliana González, *Genoma humano y dignidad humana* (Barcelona: Universidad Nacional Autónoma de México —UNAM— / Anthropos, 2005), 64.

⁵⁰ Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 136 (2013): 41.

⁵¹ Roberto Andorno, “Dignidad humana”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, t. I (Granada: Universidad de Deusto-Comares, 2011), 658; María Teresa López de la Vieja, “Dignidad, igualdad. La buena política europea”, en *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea* (Madrid: Biblioteca Nueva, 2005), 83; Viviana Bohórquez Monsalve y Javier Aguirre Román,

1.2.2. La legitimación de la dignidad humana

Una práctica actual en las reflexiones de los derechos humanos y especialmente en la bioética consiste en no definir ni conceptualizar la dignidad, sino en tratar de identificar las conductas que la lesionan.

Desde el ángulo mencionado, sin una determinación clara, sin vocación de valor absoluto o al menos definido es sumamente peligrosa, pues deja al concepto vacío de contenido y difícilmente defendible o sostenible ante los posibles ataques e, incluso, hace sumamente ardua la construcción de un marco institucional para tutelarla.

Además, permite el uso del vocablo dignidad de manera ambigua para argumentar en defensa, por ejemplo, tanto de la legalización como de la prohibición de determinadas situaciones que son objeto de debate social en el campo médico jurídico, como la eutanasia o el aborto.

Solo con un concepto claro y preciso de dignidad es posible construir los medios para su defensa y desarrollo en la convivencia social, ya que en un aspecto tan relevante no basta confiar en el sentido común o la intuición.

La concepción de la dignidad sustentada en la condición social se basa en una idea de superioridad y rechaza la igualdad —que solo mucho después vendrá a unirse a la idea de dignidad—. Por ello se justificó la esclavitud y la creencia del ciudadano griego o romano como superior; pero esa superioridad y dignidad exigía un comportamiento acorde con esa dignidad, como expresaba Plauto: “las personas dignas caminan de manera distinta a como lo hacen los esclavos”.⁵²

Dicho lo anterior, la acepción de dignidad hoy se ha superado, sin embargo, persiste lo que se conoce como *la dignidad posicional*: el reconocimiento al estatus sobre el resto de los individuos y que se traduce en un reconocimiento social, que exige un trato determinado por parte de los demás miembros de la sociedad, así como un comportamiento individual, en público, acorde con ese reconocimiento.⁵³ Sin embargo, como se explicó, es una dignidad que le llega al ser humano desde fuera, no tiene su fundamento en su propia condición humana.

“Tensions of Human Dignity: Conceptualization and Application to International Human Rights Law”, *Sur-International. Journal on Human Rights* 6, n.º 11 (2009): 40.

⁵² Plauto, “Poema 552”, citado por Francisco García Moreno, “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto al largo de la Historia de la Filosofía”, *El Búho* (1997), 4.

⁵³ Un ejemplo de la importancia que tiene comportarse de acuerdo con la dignidad que la sociedad reconoce es el profundo rechazo social provocado por los casos de pederastia y abusos a menores cometidos por sacerdotes, hechos públicos recientemente.

Consideremos ahora que la dignidad cuenta con atributos que perdurarán sustentados en que esta no se pierde, ni depende de las características personales, de la manera de conducirse en las relaciones sociales o del aprecio que sienta o tenga hacia cierta persona la sociedad, sino que es atribuida a su identificación divina.

Por consiguiente, el ser humano es digno sea cual sea su condición social; la dignidad no se pierde ni se deteriora a lo largo de la vida, pues no depende del propio ser humano, es intrínseco en él desde su nacimiento.

Igualmente se consolida el concepto del ser humano como el ser más digno y excelso de todos los existentes, pues fueron creados a imagen y semejanza de Dios y el resto de los seres fueron creados para el beneficio del ser humano.

Sin embargo, aun desde la perspectiva religiosa, el libre albedrío, la libertad y la autonomía son un presupuesto antropológico de la dignidad, pues es con sus decisiones en ejercicio de su libertad que el ser humano puede alcanzar el bien y cumplir con el plan previsto para cada uno por la bendición de Dios con su fin divino de alcanzar la perfección.

Esta significación de la superioridad de la vida humana sobre los demás seres es posteriormente recogida en contextos seculares, como lo expresó en su momento Francisco Tomás y Valiente, jurista español, magistrado y presidente del Tribunal Constitucional: no hay nada en la creación más importante que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre.⁵⁴

Actualmente, uno de los ámbitos de reflexión social en los que tiene importancia el valor de la dignidad humana es en la bioética, disciplina que surge en los años 70 del siglo XX y busca ser un espacio de reflexión ética para hacer frente a las nuevas capacidades humanas para interactuar con el entorno vivo, gracias al desarrollo de la ciencia y la tecnología, lo que puede afectarlo de manera tal que se ponga en riesgo la supervivencia misma de la humanidad.

Por ello, el padre de la bioética, Van Rensselaer Potter, tituló a su obra *Bioética, puente hacia el futuro*.⁵⁵ Así entonces, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la norma constitucional y específicamente la Ley de Derechos y Amparo del Paciente recogen en primer lugar el derecho a una atención digna.

⁵⁴ Cit. por Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986), 20.

⁵⁵ Van Rensselaer Potter, *Bioethics, Bridge to the Future* (Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1971).

1.3. Constitución y derecho compensatorio

Resulta interesante examinar cómo las instituciones del derecho de la responsabilidad empiezan a considerar a la Constitución para dotar de contenido a los conceptos que de forma tradicional fueron nutridos de una lectura privada o codificada por el derecho civil.⁵⁶

La CRE de 2008 consagra que los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes y de igual jerarquía, ratificando que los derechos se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Y, claramente se reconoce que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.⁵⁷

Por consiguiente, a pesar de que estén vigentes normas infraconstitucionales, en la Constitución como norma de superior jerarquía, se ratifican una serie de preceptos que son el sostén, el basamento que establece la obligación por parte del responsable de reparar el daño que se cause cuando este tenga un carácter antijurídico.

Dentro de la estructura de la responsabilidad se destaca como principio medular el de *dignidad humana*,⁵⁸ tomando en cuenta los postulados de Kant en los que se basa el derecho de daños, especialmente en que *la persona es un fin en sí mismo*, sin que pueda ser utilizada como medio para lograr los fines de otros.

El principio de dignidad⁵⁹ de la persona reformula el derecho de responsabilidad para reorientarlo no como un mecanismo sancionatorio o de represión sino, por el

⁵⁶ Gil Botero, *La constitucionalización del derecho de daños*, 20.

⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 11, 6 y 8.

⁵⁸ Javier Ernesto Sheffer Tuñón, *Responsabilidad pública y dignidad humana* (Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2013), 2.

⁵⁹ La condición de una persona enferma, no solo debe ser vista en la mera subsistencia biológica, puesto que la vida humana debe ser reconocida en toda su dignidad. Los principios de respeto, conservación e inviolabilidad de la vida son primordiales y deben ajustarse a la luz de valores como el respeto a la dignidad y a la integridad de la persona. Por lo tanto, se debe dejar en claro la enorme diferencia al hablar de enfermedad, dolor y sufrimiento, y hacerlo de la persona enferma que sufre o siente dolor; solo esta es real, lo otro son circunstancias conceptuales operativas y paradigmáticas de naturaleza relativa y sustantiva. El pensamiento sobre la dignidad consiste en reconocer que la persona es un ser que tiene fines propios que tiene que cumplir por sí misma, o dicho de modo negativo, no debe ser un medio para fines extraños o ajenos a los propios suyos; ello evoca el inexcusable deber kantiano de tratar al ser humano como fin en sí mismo, nunca como un medio para alcanzar otros fines. El fin en sí es fin objetivo, necesario y, por tanto, absoluto e incondicionado. El planteamiento de Kant supone discernir una ley necesaria para todos los seres racionales, de modo de juzgar sus acciones según sus máximas que pueden querer que sirvan de leyes universales. Esta legislación misma, propia connatural al hombre, es tener una dignidad y el principio práctico supremo imperativo o categórico que se formula: "Obra de tal manera que la máxima de tus actos sirva de legislación universal". Autonomía y universalidad a la vez, autonomía

contrario, como un instrumento de reparación a favor de la víctima con el objeto de dejarla indemne, es decir buscar la *restitutio in integrum* de la lesión sufrida.

El principio de solidaridad, se acopla y opera como mandato de optimización en los ordenamientos jurídicos y específicamente en el derecho de responsabilidad.

En dicho valor, las entidades públicas y privadas encuentran un fundamento de hecho y de derecho o ambos para establecer la responsabilidad, y en consecuencia para imputar el deber de reparar cualquier daño que se cause.

El principio de solidaridad, en el plano de la responsabilidad, debe verse desde varios ámbitos y no como una simple expresión de la justicia distributiva definida por Aristóteles, sino como un soporte de carácter filosófico y legal que permite determinar cuándo alguien está obligado a responder porque ha provocado un perjuicio.

Aparecen dos aspectos relacionados con los límites del derecho a castigar; al respecto, Tella⁶⁰ argumenta que primero se produce en el caso de que la víctima desee vengarse. El mal desde lo ontológico no se resuelve con otro mal, al contrario, se soluciona con el bien. El segundo aspecto se relaciona con una situación contraria, específicamente en el caso que el afectado perdone lo ocurrido; en cambio en el plano social se exige un castigo que impone el Estado.

Si bien es cierto que el derecho necesita como causa al lenguaje, debe tenerse cuidado de utilizarlo adecuadamente eliminando con la paráfrasis las ficciones que se encuentran en el camino. Más aún, debe cuidarse que los términos a los que se haya reducido dichas ficciones correspondan siempre con el mundo fáctico. La sanción jurídica, obviamente, queda incluida en esta ontología como una entidad real; pero la forma en la está contenida y, especialmente, su relación con el concepto de deber, presenta gran complejidad.⁶¹

Corresponde apuntar que ante un hecho dañoso y dado la violación del derecho a la integridad, a la vida misma con su correlativo derecho a la salud, estos deben ser reconocidos alrededor de su aplicación y procedencia. La naturaleza instrumental del reconocimiento gira en torno a que el derecho es orden positivo y la razón pasa a ser decisión discrecional.

—de voluntad— de tal modo, fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional.

⁶⁰ María José Tella, “¿Y si no castigamos?”, en *Teorías de aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, eds. Ángel Sánchez de la Torre e Isabel Aracely Hoyo Sierra (Andalucía: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Dykinson, 2009), 63.

⁶¹ Roberto Lara Chagoyán. *El concepto de sanción: En la teoría contemporánea del derecho* (Ciudad de México: Fontamara, 2004), 27.

El fenómeno jurídico abarca y se proyecta hacia dimensiones multifacéticas cambiantes. Es texto y contexto, norma y hecho, valores y decisiones, expectativas y evidencias, principios, reglas y procedimientos, conductas y estándares o parámetros de evaluación social o acechos de aquellas.

Todo intento de reducir el enfoque de la Ciencia del Derecho a un análisis de las normas topa, inevitablemente, con la realidad de su heterogeneidad y complejidad fundamental.⁶²

1.4. Principios nacionales y regionales de protección al paciente

El cuerpo legal que protege los derechos de los pacientes y sus principios es la CRE de 2008 como centro de la legislación nacional.

El desarrollo secundario de normas especiales sobre la salud se identifica con enumerar solamente los derechos del paciente.

En esa línea de categorización de normas legales, como se ha reflexionado, el derecho está consagrado en instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; y la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Para aclarar y hacer efectivas las medidas protectivas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que supervisa la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en 2000 la Observación General n.º 14 sobre el derecho a la salud.

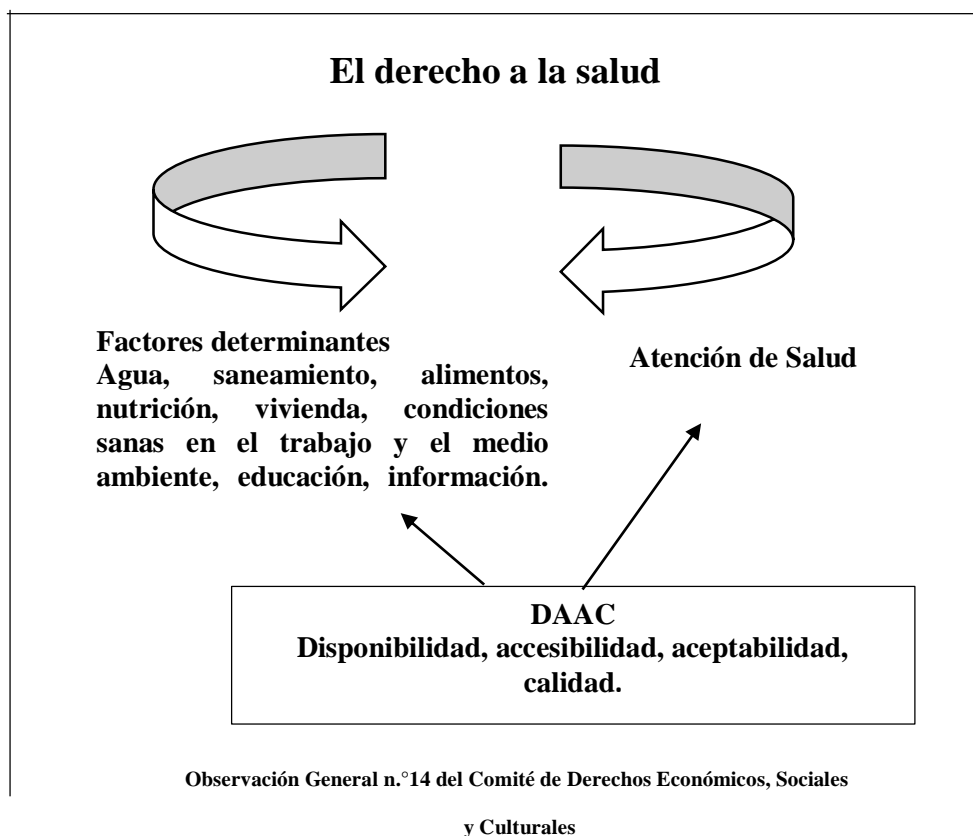
Dicha observación plantea que el derecho a la salud no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia, potable y, a condiciones sanitarias adecuadas; el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición apropiada, una vivienda ordenada, condiciones sanas en el trabajo y el medioambiente y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproducción.⁶³

⁶² Enrique Zuleta Puceiro, *Elementos de teoría del derecho: Materiales para su estudio* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 48.

⁶³ ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General n.º 14 (2000), accedido el 4 de abril de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HHR_PovertyReductionsStrategies_WHO_SP.pdf.

Gráfico 1

Elementos que conforman el derecho a la salud



Fuente: Observación General n.º 14 CDESC

Elaborado por el autor, 2019

El derecho a la salud abarca cuatro elementos fundamentales:

Disponibilidad. Deberá contar con el número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como programas de salud.

Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos dentro de la jurisdicción del Estado Parte. No discriminación. Accesibilidad física. Accesibilidad económica —asequibilidad—. Acceso a la información.

Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la Ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos de género y de ciclo de vida.

Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico médico y de buena calidad. Al igual que

todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados parte, tres tipos de deberes, a saber:

Respetar. Exige abstenerse de injerirse en el disfrute del derecho a la salud.

Proteger. Corresponde tomar medidas para impedir que terceros —actores que no sean el Estado— interfieran en el disfrute del derecho a la salud.

Cumplir. Requiere adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud.

El derecho a la salud también comprende a obligaciones básicas referentes al nivel mínimo esencial del derecho, aunque ese nivel no se puede determinar en abstracto porque es una tarea de cada Estado parte, cumplir con estándares de derechos fundamentales, como: atención primaria de salud esencial; alimentación nutritiva mínima; saneamiento; agua limpia potable; medicamentos esenciales.

Otra obligación básica es la de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población, estrategias que deben ser elaboradas y periódicamente revisadas, sobre la base de procesos participativos y transparentes.

Además, prever indicadores y bases de referencia que permitan vigilar estrechamente los procesos realizados con especial atención a todos los grupos vulnerables.

Medidas a ser aplicadas bajo y en conformidad con el principio de realización progresiva, esto es, avanzar lo más expedita y eficazmente posible, por parte del Estado mismo o por medio de cooperación internacional hasta el máximo de los recursos que se disponga.

Es necesario entonces que reconozcamos cómo se hacen explícitos estos derechos del paciente:

Derecho a la asistencia médica. Se produce una doble vía y la necesaria obligación del médico, la de prestar la colaboración que le sea requerida por las autoridades sanitarias, en caso de epidemias, desastres u otras emergencias; asistir a enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en servicio público correspondiente. De ahí que la persona enferma tiene derecho a ser asistida y la obligación del médico a hacerlo.

Derecho a un trato digno y respetuoso. Todo paciente tiene derecho a ser atendido oportunamente, de acuerdo con la dignidad que merece todo ser humano. Es

su derecho a ser tratado con respeto, esmero y cortesía. Es por esto que se garantiza al acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad de todas las acciones y servicios de salud.⁶⁴

Por ello es necesario que el sistema de salud sea adecuado y este direccionado a personas cuyas condiciones socioculturales les impiden comprender el funcionamiento mismo del sistema de salud, llevando a esta situación la ineficiencia de su utilización o implementación.

El respeto por las convicciones personales y morales también guarda relación con el derecho a la autonomía de las personas y a su propia intimidad.

Derecho a no ser discriminado. Es gozar del derecho a no ser discriminados por razones de sexo, raza, edad, religión o condición social.⁶⁵

Derecho a la intimidad. Tiene que ver con la no divulgación de datos, hechos y situaciones en situaciones médicas que atraviesa el paciente, en cuestiones relativas a la intimidad y el derecho a la salud; subyace en ellos la necesidad de no afectar los derechos personalísimos de las personas, como son la intimidad, la honra y la dignidad.

Derecho a la confidencialidad. Este derecho guarda directa relación con el derecho a la intimidad, a la autonomía de voluntad, a la titularidad de la información y/o a los datos que esta contenga.

El paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial.

De la mano con este derecho, no se olvide que toda persona tiene derecho a que se respete su privacidad.⁶⁶

Derecho a la autonomía de voluntad. Es el derecho con mayor controversia, se presenta porque las determinaciones que toma el paciente sobre su cuerpo están

⁶⁴ M. Paulina Araujo Granja, *Vademécum de responsabilidades del área de la salud en Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 116.

⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008; Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

⁶⁶ Araujo Granja, *Vademécum de responsabilidades*, 116.

poniendo en juego la esfera básica de las personas a decidir sobre su vida, su salud o su integridad psicofísica. El principio es que este constituye un ámbito donde no es posible ser invadido o interferido con decisiones contrarias del Estado o de los profesionales actuantes.

Está en juego la inviolabilidad de la persona humana, nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamientos médicos de ninguna clase, e inclusive se ha resuelto con claridad y contundencia que una persona puede negarse a conocer que está enfermo.

Es cierta la concepción o vocación del derecho a la salud, pero es indiscutible que la persona no puede ser interferida por decisiones contrarias a su voluntad, ni siquiera por la autoridad estatal.

Derecho a ser informado. Todo paciente tiene derecho a que, antes y durante las etapas de su atención, reciba de parte del médico y del personal del servicio de salud, la información vinculada al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de la incapacidad y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes.

Esta información se entiende como aquella que debe ser procurada con claridad, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarse y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

Nadie duda de que esto es absolutamente necesario para que se pueda hacer uso en forma correcta y adecuada del llamado “consentimiento informado” o bien rechazar un tratamiento médico.

Derecho a un tratamiento adecuado. Todo paciente tiene derecho a tener una eficiente organización del servicio médico. Una atención adecuada de los enfermos. Un adecuado tratamiento de salud. Adoptando las precauciones necesarias para el resguardo de la integridad psicofísica, se contará además con los recursos humanos idóneos para atender el servicio.

El servicio de salud debe ser brindado en forma eficiente, diligente, prudente y con clara pericia.

Derecho a la libertad de elección al tratamiento y el médico que lo lleve adelante, y también el derecho a tener una segunda opinión.⁶⁷ El tratamiento debe otorgarse sin demoras; esto marca el contenido del derecho a un tratamiento adecuado.

El enunciado constitucional del derecho de protección a la salud es muy abierto por lo que puede incidir sobre diversos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico.

La tarea de hacer efectivo este derecho corresponde, como no puede ser de otra manera, al legislador —mediante leyes necesarias— y a la Administración Pública que debe ejecutar y hacer cumplir las leyes y a los aplicadores del derecho en general.

Derecho a la cobertura gratuita. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos.⁶⁸ El Estado está en la obligación de otorgar esta prestación; sin embargo, el Estado es incapaz de otorgar este derecho. Por ello, delega la prestación a unidades de atención médica privada. De ahí que la interpretación será extensiva a favor del paciente y del derecho de mayor rango constitucional, que es el derecho a la salud, a la integridad psicofísica y sus derivados.

Esto implica que cuando se encuentre en duda la cobertura de un tratamiento razonable necesario para el mejoramiento de la salud de un paciente, este deba ser acogido por el sistema médico, sin que puedan entrar en juego consideraciones económicas o financieras, atendiendo a la naturaleza y origen constitucional de este derecho a la salud.

Derecho al suministro de medicamentos. En Ecuador, el servicio público de salud garantiza la gratuidad de la prestación universal, de contenido integral lo que quiere decir que incluyen los tratamientos y medicamentos a ser suministrados al paciente. Al entrar en juego intereses económicos o derechos fundamentales, el criterio racional del jurista debe inclinarse hacia la preservación y materialización de estos últimos.

En materia de medicamentos donde subyace un negocio fabuloso, muchas veces los pacientes, en general, y las instituciones médicas, en particular, no son los

⁶⁷ María Isabel Trespaderne Beracieto, *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria* (Álava: Comares, 2014), 47.

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008; Artículo 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.

Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

responsables últimos que deciden sobre dicha provisión y, por ello el Estado actuará para garantizar que este derecho llegue a todas las personas y, particularmente, a los grupos más vulnerables, como lo han sostenido y con contundencia instrumentos internacionales, y particularmente el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador.⁶⁹

Siempre debe existir un criterio de racionalidad médica, pero, además, en este campo de la medicina donde se ponen en juego derechos fundamentales como la vida y la salud, el criterio debe ser amplio y a favor del paciente, que es el que pone en juego los valores fundamentales.⁷⁰

Derecho a elementos necesarios para su recuperación. Todo paciente tiene derecho a la cobertura y al suministro de medicamentos, se ha instalado un nuevo debate en el ámbito jurídico técnico de la medicina, se trata de la necesidad de elementos para la rehabilitación o para la vida en sociedad en términos razonables y adecuados, a ser provistos por el sistema médico de salud público o privado.

Derecho a no ser abandonado. Puede ser que no se justifique su tratamiento autónomo, sin embargo, la idea es colocarlo de manera que llame la atención del intérprete, que es la posición adoptada frente a los derechos a la vida y a la salud. Una persona con un padecimiento tiene derecho a no ser abandonada y a que los sistemas privados o públicos de salud le presten la asistencia de vida adecuada, eficiente, razonable e igualitaria.

⁶⁹ *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, conocida como Protocolo de San Salvador. Artículo 10.- Derecho a la salud 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público, y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y, f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

⁷⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud (Ley n.º 2002-80). De los medicamentos e insumos. Artículo 28.- El Ministerio de Salud Pública, con el apoyo del Consejo Nacional de Salud, dispondrá las medidas que permitan garantizar la disponibilidad de medicamentos esenciales e insumos en el país. Promoverá la producción nacional y garantizará el uso de productos genéricos y organizará instancias y procesos de provisión común de los mismos, de acuerdo con el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos que se elaborará según la nomenclatura internacional aprobada por la OMS, el mismo que será de aplicación obligatoria por las entidades del sector, con resguardo de su calidad, seguridad y eficacia y al menor costo posible.

Todos teóricamente coincidiremos con este precepto; sin embargo, la realidad muestra día a día la ineficiencia de los sistemas que no actúan por cuestiones económicas, desconocimiento o intencionalidades corporativas o sectoriales y, a veces por meras cuestiones técnicas, llevando al abandono al paciente que ve afectada su salud y aun su vida.

La salud y la atención de la misma es el parámetro de la convivencia social y, si existiera un sistema sostenido por una convicción general de que todos puedan acceder a una asistencia médica razonable, adecuada y eficiente, seguramente seríamos una mejor sociedad y mejores personas.

Derecho a la historia clínica. Está comprendido dentro del concepto de la información; sin embargo, es necesario acentuarlo. Así este documento deberá estar redactado en términos precisos, comprensibles y completos. La información contenida en la historia clínica también se protege por el principio de confidencialidad.⁷¹

Los derechos del paciente constituyen un catálogo de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia.⁷²

Por tanto, para que el sistema normativo cumpla con los fines antes descritos, contendrá criterios de unidad, integridad y coherencia; sin estas características no podría ser un sistema dirigido a impartir o administrar justicia, puesto que se correría con el grave riesgo de desviarse hacia la arbitrariedad.

Para Salgado⁷³ los elementos: Unidad, esto se relaciona teóricamente con el hecho de que las personas sean tratadas sin diferencias, gozando de iguales derechos y obligaciones; Integridad, contempla que dentro del ordenamiento jurídico exista un abanico de preceptos jurídicos que permitan establecer cada supuesto o caso en concreto que se presente bajo su vigencia y que también permita resolver situaciones no previstas con anticipación.

Y, por último, coherencia, está referida a la existencia dentro del sistema normativo de preceptos que respeten a cada materia entre sí, y a su vez respeten las restantes materias que lo conforman.⁷⁴

⁷¹ Araujo Granja, *Vademécum de responsabilidades*, 117-8.

⁷² Guillermo Borda, *Manual de derecho civil. Parte General* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976), 15.

⁷³ Hernán Salgado Pesántez y Galo Chiriboga Zambrano, *Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana* (Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 1995), 83; Judith Salgado, *Son nuestros derechos: Derechos humanos y garantías constitucionales* (Quito: INREDH, 2000), 99.

⁷⁴ *Ibid.*, 4.

En Ecuador la Ley Orgánica de Salud y la Ley de Derechos y Amparo del Paciente contemplan los derechos a una atención digna, a no ser discriminado, a la confidencialidad, a la información y a decidir,⁷⁵ los que constituyen una obligación a respetarse en el plano médico.

1.5. Derecho a la atención médica apropiada y de calidad

Tómese en cuenta que la atención médica incluye todos los servicios necesarios para brindar la asistencia necesaria al paciente y su calidad, para Donabedian,⁷⁶ se relaciona con brindar esta atención con oportunidad y aplicando tanto los conocimientos médicos como los principios éticos que permitan lograr la satisfacción de las necesidades de salud y sus expectativas.

La calidad en la atención médica incluye elementos técnicos, científicos, físicos de relaciones humanas y comunicación.

El paciente posee el derecho a una atención médica apropiada y de calidad, en congruencia con la patología que presente; igualmente posee el derecho a recibir un servicio médico profesional e institucional, ético e idóneo.

La atención digna, obliga a utilizar en la atención médica altos estándares de calidad y el cumplimiento estricto de los protocolos bioéticos y de bioseguridad. Este derecho engloba además la plena satisfacción de las necesidades y exigencias del paciente, de su familia y la sociedad.

La confianza del paciente en el médico es elemental para asegurar la calidad del servicio. Ello asegura que el profesional esté dotado de competencia científica e independencia en el ámbito técnico y moral.

La Asociación Médica Mundial (AMM)⁷⁷ establece doce principios sobre la Prestación de la Atención Médica en cualquier Sistema Nacional de Atención Médica, entre los que se destacan: que en cualquier sistema de salud los términos de la práctica médica deben ser determinados en consulta con los representantes de las organizaciones médicas, permitan que el paciente se atienda con el médico de su elección, y el profesional elegido debe tratar a los pacientes libres de cualquier tipo de influencia extraña.

⁷⁵ Ecuador, *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*, Registro Oficial Suplemento 626, 3 de febrero de 1995, arts. 2, 3, 4, 5 y 6.

⁷⁶ Avedis Donabedian, *La calidad atención médica* (Ciudad de México: COPILCO, 1980), 7.

⁷⁷ Asociación Médica Mundial, *Doce principios para la atención de la salud en cualquier sistema nacional de salud* (Nueva York: AMM, 1963), 1.

Este principio de la libre elección debe tenerse en cuenta cuando se aplique un tratamiento, ya sea parcial o total en los centros de salud. El médico tiene el deber de atender a un paciente en emergencia. Además, se contempla la obligación de aplicar el carácter confidencial a la relación médico-paciente.

El Código Internacional de Ética Médica de la AMM⁷⁸ que estipula con respecto a los pacientes que la primera obligación del médico es preservar la vida humana, aplicar los recursos necesarios de su ciencia y la lealtad.

Dentro de la calidad se destacan el cumplimiento de los protocolos de bioseguridad, los que tienen dos objetivos: la inmunidad del paciente y la seguridad del profesional, en cuanto a la adquisición ocupacional de enfermedades.

Es importante destacar que existe otro instrumento encaminado a garantizar la calidad de la salud y atención al paciente y es la Declaración de Derechos del Paciente⁷⁹ que recoge como postulados fundamentales que el paciente posee el derecho a ser atendido con respeto y consideración, que se mantenga su información en total confidencialidad; que se respete su intimidad, a obtener de su médico toda la información relativa a su diagnóstico, tratamiento y pronóstico; tiene derecho a esperar una continuidad razonable de atención, entre otros.

Es necesario subrayar, como se ha analizado en el contexto nacional, que existen normas dirigidas a garantizar la calidad del servicio, aspecto que está recogido en el texto constitucional, en la Ley Orgánica de Salud y en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, los que deben aplicarse estrictamente, junto con los instrumentos antes expuestos, en la práctica médica, lo que permitirá materializar tanto la atención de calidad como el derecho humano a la salud.

1.5.1 Derechos de protección del paciente: derecho a la información y consentimiento informado

El derecho a la información en la prestación médica ese reconoce en la normativa referida, es decir, en la Ley Orgánica de la Salud y en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente:

Ley Orgánica de la Salud. Artículo 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación con la salud los siguientes derechos: e) Ser

⁷⁸ Asamblea General de la AMM, *Código internacional de ética médica* (Londres: AMM, 1949), 2.

⁷⁹ Asociación Americana de Hospitales, *Declaración de derechos del paciente* (Lisboa: AAH, 1973), 1.

oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como sus usos, efectos, costos y calidad: a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna. f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis; h) Ejercer su autonomía de voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos y diagnósticos y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública.⁸⁰

Ley de Derechos y Amparo del Paciente. Artículo 5.- Derecho a la información.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúense las situaciones de emergencia.

El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento.⁸¹

Resaltemos el derecho del paciente a estar informado sobre el estado de su salud y los aspectos médicos de su condición *in situ*. La información tendrá la condición de ser íntegra, así el paciente conocerá los riesgos y las consecuencias que le pueden provocar su condición de salud, tal información no puede ser básica; gozará además el carácter de verdadera, pues no se puede ocultar la información al paciente.

La información respecto de su estado de salud, como de los tratamientos, se entregará en lenguaje comprensible, es decir, acorde con su idioma de origen e idiosincrasia, evitando el uso de metalenguaje, más aún porque el paciente no es especialista en el entorno de la medicina.

El médico debe intentar y lograr traducir los conceptos técnicos para que el paciente los asimile y entienda. De cara al derecho a la información, si los parámetros de información quebrantan estas condiciones de comprensión, se habrá incumplido con el derecho a la información.

En el mismo orden y dirección, para Olano, el derecho a la intimidad se mira desde dos puntos de vista: como secreto de la vida privada y como libertad.⁸²

⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006, art. 7

⁸¹ Ecuador, *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*, Registro Oficial Suplemento 626, 3 de febrero de 1995, art. 5.

⁸² Hernán Olano García, *Preguntas y respuestas de derecho constitucional colombiano y teoría general del Estado* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2009), 317.

Contra el primero atenta cualquier tipo de divulgación ilegal de aquellos hechos propios de la vida familiar o privada de la persona e igualmente las investigaciones realizadas ilícitamente de hechos propios de la vida privada.

Con respecto a la libertad desde el ámbito individual, contempla el derecho de toda persona de tomar por sí sola cualquier decisión concerniente a su vida privada. Afirmaremos que la violación a la intimidad puede venir tanto de los particulares como del Estado.

Cuando se viola el derecho del paciente a la intimidad por parte del profesional de la salud, ya sea de manera consciente o inconsciente, hay un agravio que aquel sufre a su dignidad.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclama que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”.⁸³ Ello trae como consecuencia que toda persona tiene derecho a la protección ante actos de esta naturaleza. Asimismo, la CADH (Pacto de San José)⁸⁴ se pronuncia en similares términos en el art. 11.2.

Por su parte, la AMM reconoce que la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada debe respetarse durante la atención médica y en la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y valores.

Necesario, entonces, plantear que el paciente tiene derecho a la intimidad; lo confidencial es lo que se hace o se dice en confianza o seguridad recíproca entre dos o más personas.

En el contexto de la salud, las definiciones concernientes a la intimidad, privacidad, confianza y secreto médico están estrechamente relacionadas y se restringen a un círculo cerrado entre el paciente y su médico; esto es, la información cruzada que se genera por la relación paciente-médico.

La confidencialidad se fundamenta en la información que el paciente brinda a su médico, bajo la certeza de que esta quedará resguardada en el criterio del sigilo.

Código de Ética Médica. Artículo 66.- El secreto profesional que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen

⁸³ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 12.

⁸⁴ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (San José de Costa Rica: OEA, 1978), art 11. 2.

el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.⁸⁵

La intimidad es vulnerada cuando quien recibe y procesa la información suministrada o es depositario de ella la revela injustificadamente a terceros.

Por otro lado, el secreto profesional, a su vez, es la contracara del derecho a la confidencialidad. Así, mientras este se presenta como un derecho en cabeza del paciente, aquel es un deber ético y una obligación jurídica que pesa sobre los profesionales del equipo de salud.

El secreto profesional fue establecido como deber-obligación-derecho en los códigos deontológicos y en las leyes que reglamentaron las actividades de médicos, odontólogos y otros profesionales de la salud.

El paciente posee el derecho a que los miembros del grupo de salud que lo asiste mantengan una relación con él, bajo el principio bioético de la verdad, permitiéndose así al paciente decidir y plantear su vida de conformidad con su realidad y las limitaciones de su patología.

La dignidad del paciente se respeta y materializa desde el momento que se le informa de su situación de salud de manera completa, adecuada y absolutamente ajustada a la verdad.

1.6. Los derechos en la relación médico-paciente: consentimiento informado

Para referirnos a la relación médico-paciente hay que remontarse al siglo XVIII, en el que los médicos gozaban de una impunidad total, pocos fueron los casos judiciales relacionados con el tema, a excepción de los que estuvieron más expuestos por la naturaleza de su actividad.

Igualmente, hasta hace poco más de treinta años, el vínculo médico-paciente se caracterizó por ser hipocrático.⁸⁶ Según Monsalve y Navarro⁸⁷ este vínculo concedía al galeno un absoluto hermetismo, respeto y autoridad sobre todo el acto médico.

Con el advenimiento del liberalismo, junto con la proliferación del ámbito judicial y legislativo que dio lugar a un acceso masivo a la información, se presenta un

⁸⁵ Código de Ética Médica. Acuerdo Ministerial 14660, Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

⁸⁶ Se sustentaba en que, tanto los pacientes como sus familias poseían una absoluta confianza en el médico, gozando dicho profesional del respeto y autoridad sobre los mismos. Esta relación se llamó así en honor al padre de la medicina moderna, Hipócrates (460-377 a. C.).

⁸⁷ Vladimir Monsalve Caballero y Daniela Navarro Reyes, *El consentimiento informado en la praxis médica* (Bogotá: Temis, 2014), 6.

giro con respecto a dicha relación con características de paternalismo equivocado, estableciéndose un nuevo modelo que abandona la estructura vertical que poseía para reflejarse en un vínculo horizontal en el que elementos como la libertad, la autonomía y la capacidad caracterizan tanto las facultades del médico como los derechos del paciente, el cual se comienza a ver como un ente libre, racional, solidario responsable e irrepetible.

¿Existe un contrato entre médico y paciente? Varios autores franceses, como Negre o Rau, niegan la existencia de contrato, considerando que los actos derivados de una profesión científica, no pueden ser directamente objeto de un negocio.⁸⁸

Ferrara, por su parte, señala que los contratos que tengan por objeto el cuerpo humano son ilícitos.⁸⁹

Estos autores rechazan la posibilidad de la existencia de vínculo contractual alguno entre el médico y el paciente, basados en el carácter no reglado de la profesión liberal.

Según el Código Civil, no existe contrato si no concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa. Parece *a priori* excluir los bienes o servicios imposibles. Ahora, quienes hablan de ilicitud del contrato por tratarse su objeto del cuerpo humano están confundiendo el objeto contractual —que en realidad son los servicios prestados por un profesional y el pago de unos honorarios que en contraprestación recibe del paciente— con el objeto directo, donde se realizan los servicios que son objeto del contrato.

Luego, la libertad que caracteriza la profesión médica no existe en todos los ámbitos, por cuanto la referida actividad estará necesariamente sometida a una norma que condense los mínimos deberes, que han de ser observados por los profesionales de la medicina.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta relación médico-paciente? La teoría del mandato que fue defendida por los profesionales liberales, por autores como Photier y sostenida por la jurisprudencia de primeros del siglo XX, y que debe ser superada, precisamente, por las notas que caracterizan esta figura jurídica, a saber: las instrucciones del cliente con base en las cuales operará el mandatario.

Por ello no pueden ser aplicadas a la relación médica la comisión civil, por análogas razones; el arrendamiento de obra o de empresa o, simplemente, el contrato de

⁸⁸ José Luis Concepción Rodríguez, *Derecho de daños*, 3.^a ed. (Madrid: Bosch, 2009), 192.

⁸⁹ *Ibíd.*

trabajo. Así pues, parece que la doctrina legal y científica tiende a calificar de modo casi unánime la relación médico-paciente como un *arrendamiento de servicios*, surgiendo en el tracto de aquella una figura tradicional en la misma y que remarca de modo indudable su carácter: la *igualada médica*.⁹⁰

Debe entenderse que el objeto contractual pactado no viene constituido por la realización de una obra o la obtención de un concreto resultado, sino que se desenvuelve en una obligación de medios.

El médico se obliga a desplegar su actividad profesional de acuerdo con la *lex artis* y a intentar con ella poner todos los medios a su alcance para conseguir el objetivo propuesto, sin obligarse, como es lógico, a la curación del enfermo que se le somete.

Esta constituyó la base jurídica que fundamentó la mayor parte de las reclamaciones efectuadas en este medio, en las que el médico que había realizado la actividad profesional pactada exigía de la otra parte el cumplimiento de la prestación a que se hubiere obligado, esto es, al pago del precio convenido.

A partir de los años 70 opera una transformación evidente en la naturaleza de las reclamaciones. Ocurría que las acciones se desenvolvían en el ámbito de la responsabilidad contractual, dada la relación negocial pactada.

Por tanto, se ha producido un desplazamiento general hacia la vía de la responsabilidad *aquiliana*, apareciendo en la mayor parte de los supuestos un organismo público como codemandado y proclamándose de este modo solidaria la responsabilidad entre ambos, compartiendo protagonismo las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Tabla 1

Criterios doctrinales ortodoxos y heterodoxos

Noción ortodoxa-negativa	Noción heterodoxa-positiva
Negre o Rau: Actos científico-profesionales no son objeto de negocio.	Photier: Arrendamiento de servicios bajo las instrucciones del cliente.

⁹⁰ Ibid., 193. Sala Sexta Tribunal Supremo, 4 de octubre de 1984. La aludía y afirmaba al hablar de esta relación contractual [...] la igualada. Es una modalidad de contrato civil de arrendamiento de servicios, muy extendida entre los profesionales liberales y, especialmente entre los médicos, que consiste en un convenio pactado por estos y sus clientes, por el que aquellos prestan a estos últimos sus servicios durante un cierto tiempo por una cantidad fijada a tanto alzado anual, semestral o mensual; mediante la igualada se consigue satisfacer un doble interés económico, de una parte del beneficiario del servicio médico que se asegura una prestación profesional por una cantidad menor que si procediese a abonar cada acto médico aisladamente y, de otra, el interés del que lo que presta asegura, asimismo, unos ingresos evitando el riesgo derivado de la incertidumbre en cuanto al número de servicios que le soliciten.

Los contratos sobre el cuerpo del ser humano son ilícitos.	<i>Iguala médica</i> : Relación pactada entre médico-paciente. Asegura a quien presta el servicio-interés un ingreso de modo proporcional.
Acciones contractuales relacionadas con los mandatos liberales.	Objeto contractual pactado no constituye un resultado concreto: obligación de medios.
Negativa de la existencia del vínculo contractual entre el médico-paciente. Requisitos contractuales: consentimiento, objeto y causa, prestación de bienes o servicios imposibles.	Desplazamiento de la responsabilidad contractual a la aquiliana. <i>Lex aquiliana</i> acoja en su regulación los supuestos derivados de urgencia y similares.

Elaborado por el autor, 2019

En las tesis contractualistas de la responsabilidad médica, se deberá entender su contenido, es decir, desarrollar los deberes de las partes y especialmente los que atañen a los profesionales de la sanidad, por cuanto su incumplimiento, o al menos su inespecífica observancia, dará lugar a la responsabilidad civil que puede derivarse en su actuación y que autores como Planiol fundamentaba precisamente en la quiebra de esos deberes que vienen impuestos.

La básica obligación del médico por excelencia es el respeto a la persona humana. Sin duda, esta genérica observación se manifiesta en otras varias, estando entre las más importantes la relativa a la prestación del consentimiento por parte del enfermo, precedida de una adecuada información, que debe ser prestada por el propio médico.

El consentimiento es el alma de todo negocio jurídico; presupone una coincidencia de voluntades manifestadas para la producción de un determinado efecto jurídico buscado por los interesados. El consentimiento, para ser eficaz, ha de provenir de persona capacitada y ha de manifestarse sin la concurrencia de vicio alguno que pueda invalidarlo, como son el dolo, el error, la violencia.

1.6.1. El derecho de autodeterminación del paciente

La aplicación del principio de libertad de conciencia en el campo médico tuvo unos aplicativos muy tenues en los siglos XVIII y XIX, pero realmente llegó a adquirir un papel trascendental en el servicio de la salud y constituirse como principio básico en

las relaciones médico-asistenciales hacia la segunda mitad del siglo XX,⁹¹ época en la que se producen las principales revoluciones liberales políticas y sociales occidentales, basadas en el respeto de los derechos fundamentales del ser humano: derecho a la vida, a la integridad, igualdad, libertad, y propiedad. Sin embargo, estas ideas no se hicieron extensibles al campo de la medicina.

La actividad médica durante los siglos XVIII y XIX se caracterizó porque los profesionales de la medicina profesaban la tradición hipocrática de no informar al paciente y decidir por él, pues el enfermo es una persona desvalida para tomar decisiones. El estándar en esa época, en palabras de Faden y Beauchamp, era *benevolent deception and nondisclosure*,⁹² ya que los médicos, en aplicación estricta y hasta exagerada del principio de beneficencia, suplantaban la voluntad del paciente y decían por él en aras de recuperar la salud del enfermo.⁹³

Si bien, en este período de la historia se seguía con la tradición paternalista hipocrática, es preciso subrayar que la teoría del consentimiento informado es una clara ramificación de la tesis de la libertad de conciencia y de expresión pregonada por los revolucionarios liberales, pues lo que el consentimiento informado consagra es el principio de libertad de conciencia en el ámbito concreto de la gestión del cuerpo, y por lo tanto de la vida y de la muerte.⁹⁴

La génesis y desarrollo del denominado consentimiento informado solo se puede ver desde el legado jurídico, por lo que su origen no se vislumbra desde el campo de la Ética médica, que se funda en el principio de beneficencia, sino que el consentimiento se deriva del principio de autonomía de la voluntad, característico del campo legal.

Prueba de ello, la regla de que el médico debe obtener el consentimiento de su paciente antes de iniciar cualquier procedimiento, se remonta al caso inglés del siglo XVIII Slater vs. Baker & Stapleton, de 1767. Se discutió y determinó la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del paciente, exponiendo el Tribunal como *obiter dictum*, que “[...] es razonable que un paciente debería ser informado de lo que se le va a hacer, para que se

⁹¹ Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 16.

⁹² Engaño benévolo y no divulgación.

⁹³ Faden y Beauchamp citados por Hana Osman, 2001, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 16.

⁹⁴ Díaz y García, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 16.

arme de valor y se haga cargo de la situación, de modo que pueda afrontar la situación”.⁹⁵

Lo más interesante de la decisión es que parece predicar el requisito legal del consentimiento informado, no solo fundado en que tocar el cuerpo del enfermo sin su permiso previo constituye un ataque a su persona, sino basado en el hecho de que ya es costumbre de los cirujanos el operar a los pacientes sin su consentimiento.

En 1803, Thomas Percival, médico investigador británico, escribe la obra fundamental en la Deontología médica *Medical ethics*,⁹⁶ convirtiéndose en el primer libro que planteaba un modelo y pautas de conducta de la actividad médica con el fin de garantizar la calidad de esta.

En su contenido se detalla el deber de informar al paciente, específicamente, al referirse al diagnóstico de los diferentes resultados patológicos: “El médico debe informar periódicamente de las manifestaciones peligrosas de la enfermedad a los amigos del paciente. No debe exagerar ni minimizar la gravedad de la condición del paciente. Debe asegurarse personalmente de que el paciente o sus allegados tengan el conocimiento del estado del enfermo que sea necesario para proteger los mejores intereses del paciente y de la familia”.⁹⁷

El manual de Percival sirvió de base para expedir el Código de Ética Médica, que data de 1847, promulgado por la Asociación Médica Americana (AMA).

A finales del siglo XIX la jurisprudencia estadounidense tuvo la oportunidad de conocer y señalar la importancia de la información ante técnicas o tratamientos novedosos, mediante el asunto *Carpenter vs. Blake*, que desnuda el paternalismo vigente en esa época.

El caso es que el médico Blake, después de tratar la luxación de la paciente mediante un método no ortodoxo para la época, obtuvo el consentimiento de esta para dar por finalizado el tratamiento, omitiendo la información correspondiente a los cuidados necesarios que requería ese nuevo método para poder alcanzar el éxito deseado, hecho que ocasionó que la señora Carpenter no tomara los cuidados necesarios y que el tratamiento fracasara. El Tribunal declaró al médico culpable de la negligencia

⁹⁵ Lo cual es un fiel ejemplo del poco valor que se le concedían los médicos a la opinión del paciente.

⁹⁶ Ética médica.

⁹⁷ Percival, citado por Galán en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 18.

profesional al haber obviado la información especial y necesaria que se requería para la paciente.

Desde los inicios del siglo pasado se suceden en el *case law* norteamericano los pronunciamientos en los que los tribunales exigen a la comunidad médica que, antes de iniciar un procedimiento propuesto, recaben el consentimiento del paciente.

Sin embargo, estos primeros fallos no pueden ser calificados como de consentimiento informado como tal, ya que la información que el médico debe proporcionar al paciente con anterioridad a la prestación del consentimiento es muy básica. En los Estados Unidos, país en el que nace el reconocimiento de este derecho, a partir de los años 1940 es cuando los tribunales comienzan a atribuir una creciente relevancia a la información asistencial y a ampliar su contenido.⁹⁸

Declaran los tribunales norteamericanos que el paciente debe prestar su consentimiento a la intervención tras ser informado de la naturaleza y riesgos a los que se enfrenta. Lo que sí se rescata es que las decisiones judiciales originarias son aceptadas como verdaderos procesos de elección y decisión por parte del paciente.⁹⁹

En 1913 hay varias sentencias que originan la construcción de la doctrina del consentimiento informado. Así, se dice que el médico debe recabar el consentimiento del paciente con carácter previo al inicio de toda intervención, incluso en los supuestos en los que este no tenga la suficiente capacidad para consentirlo personalmente, en cuyo caso el consentimiento debe ser otorgado por la persona legalmente autorizada para ello. Únicamente, cuando ocurra una situación de emergencia puede el galeno intervenir sin que su actuación esté legitimada por consentimiento alguno.

De esta manera, los tribunales norteamericanos reputan ilegal toda actuación médica que se lleva a cabo sin la aquiescencia previa del paciente, con independencia de que la misma se haya realizado de modo diligente o no y de su resultado exitoso o fallido.

⁹⁸ Davinia Cadenas Osuna. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018), 59.

⁹⁹ El Sr. I. Strain, tras sufrir una perforación en el pie derecho con un cuerpo extraño que le produjo intensos dolores, consiente que le sea realizada una intervención únicamente para drenar la infección que padece en el pie y rechaza expresamente la extracción de hueso alguno en el curso de dicha operación. Pese a la explícita negativa del Sr. Strain, el cirujano, anestesiado aquel, procede a retirar el hueso sesamoideo de su pie derecho. Como consecuencia de la actuación no consentida, el paciente sufre un daño permanente en el pie intervenido.

De los casos enunciados y más paradigmáticos e influyentes de este período liberal se deduce que las relaciones médico-asistenciales estaban marcadas, durante los siglos XVIII y XIX por las siguientes características:

Un paternalismo médico se concebía a los pacientes como incompetentes para rechazar un tratamiento que la medicina consideraba eficaz, por lo tanto, aplicaban el principio hipocrático de beneficencia.

Los profesionales de la salud procedían sin el consentimiento del paciente, en contra de la voluntad o el consentimiento basado en una información previa parcial, engañosa o falsa.

El médico que interviene en ausencia de consentimiento o con consentimiento obtenido mediante engaño es responsable por negligencia profesional o mala práctica.

Las conclusiones demuestran que las actuaciones médicas que omitían el consentimiento del paciente y la información necesaria se catalogaban tan solo dentro del ramo de la negligencia médica, es decir, una incorrecta asistencia clínica, de lo que se desprende una responsabilidad médica por negligencia profesional, sin entrar en consideraciones con respecto a un quebrantamiento del principio del consentimiento informado, como derecho autónomo del paciente.

Al siglo XX se le puede considerar como el siglo de la institución del consentimiento informado —pasó del paternalismo a la autonomía del paciente—, pues los derechos del hombre y el respeto de la condición humana se convierten en el eje de las relaciones médico-asistenciales, cambiando el paradigma paternalista de dicha relación para encuadrarla en un vínculo de tipo horizontal en el que el paciente se convierte en un sujeto de derechos responsable y protagonista en la toma de decisiones en todo lo relacionado con su vida, salud y enfermedad.

En los albores del siglo XX, se observa un cambio en la jurisprudencia sobre la responsabilidad del profesional de la salud cuando omite la información al paciente o cuando lo interviene sin mediar el consentimiento previo, cambiando de dirección desde la atribución de tan solo una responsabilidad médica por negligencia, para pasar al período inicial en el que se acoge la tesis de una responsabilidad por haberse configurado el delito de *battery* o agresión.

El reconocimiento progresivo del derecho a la autodeterminación de los pacientes en el ámbito sanitario, en general y, el derecho al consentimiento informado como exponente principal de su autonomía en sede sanitaria, en particular, se acompaña

de la realización de los derechos del paciente en una multiplicidad de textos de diversos alcances y variado enfoque jurídico y deontológico.¹⁰⁰

En los EE. UU., el esbozo de la doctrina del consentimiento informado tiene su fuente en 1905, cuando un Tribunal local, en el caso *Mohr vs. Williams*, falló a favor de la señora Mohr, pues el médico cirujano operó el oído contrario al que había informado al paciente y, por consiguiente, no había obtenido el consentimiento para dicha intervención.

Si bien la operación se desarrolló con éxito, la accionante demandó por agresión, ya que no había urgencia manifiesta para que el galeno obviara su capacidad y derecho a consentir su tratamiento. El Tribunal argumentó su condena sobre la base de que ningún médico podía violar la integridad corporal del paciente sin mediar su consentimiento. Además, consideró que no se necesitaba la ocurrencia de una lesión para que se consideren daños y perjuicios, sino solo el contacto, la agresión *battery*, protegiendo así el derecho al paciente a su integridad corporal.¹⁰¹

En estos casos se destaca la responsabilidad del médico por agresión, y no por mala práctica y, subraya la importancia del consentimiento y de la información en las relaciones médicas, protegiendo así el derecho a la inviolabilidad de la persona. Sin embargo, no es posible aún determinar el consentimiento informado como derecho autónomo.

Posteriormente, la jurisprudencia norteamericana inicia la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sobre la materia, dicta una sentencia de las más emblemáticas e influyentes en 1914, al resolver la causa *Schoendorff vs. Society of New York Hospital*, en el que los jueces razonaron que toda persona adulta y apta mentalmente posee el derecho a decidir lo que quiere hacer con su propio cuerpo.

El juez Benjamín Cardozo expuso: Todo ser humano de edad adulta y juicio tiene el derecho a decidir lo que debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete un asalto a consecuencia del cual es responsable por daños. Esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente esté inconsciente y cuando es necesario operar antes de obtener el consentimiento.¹⁰²

¹⁰⁰ Cadenas Osuna, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, 59.

¹⁰¹ Ginzburg, Wilkins y Macdald, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 20.

¹⁰² <https://carmenrodrigodelarrucea.wordpress.com/2018/01/19/origen-del-consentimiento-informado-y-el-juez-cardozo/>.

Con esta declaración se modifica la concepción jurisprudencial del consentimiento del paciente, que hasta ese entonces se había limitado a su estudio en la única perspectiva de la determinación de la responsabilidad del médico, considerando la ausencia del consentimiento una *battery* al principio de inviolabilidad de la persona-integridad y al derecho a la libre determinación del paciente.

He aquí el desarrollo del derecho al consentimiento informado, el que desarrolla un itinerario formal en varias etapas:

La primera etapa: Consentimiento voluntario. Después de la Segunda Guerra Mundial —1945—, como consecuencia de los abusos cometidos en la experimentación con seres humanos, comenzó un gran movimiento a favor de los Derechos Fundamentales del Hombre, que, en el campo de la medicina, tuvo dos grandes fuentes: El Código de Nüremberg, 1947, y la Declaración de los Derechos Humanos, 1948.

El Código de Nüremberg,¹⁰³ en Alemania, fue el primer antecedente relacionado con la incorporación de un texto legal de los derechos del paciente respecto de su derecho a la información,¹⁰⁴ estableciendo la necesidad de exigir el consentimiento voluntario de las personas que participan en una investigación, siendo esta la respuesta ante el descubrimiento de los apocalípticos experimentos de seres humanos al amparo del Tercer Reich, se manipulaba a personas como animales u objetos, evitando el consentimiento e irrespetando la dignidad humana.

Al año siguiente de la promulgación del Código de Nüremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo la igualdad y libertad de todos los seres humanos. Aparece el cambio de paradigma “todo para el paciente, pero sin el paciente”, en el que

¹⁰³ Código de Nüremberg 1947. Punto 1.- El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona involucrada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento: Debe estar situada en tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o compulsión, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia envuelta para permitirle tomar la decisión correcta. Este último elemento requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto sometible al experimento debe explicársele la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se conducirá, todos los inconvenientes y riesgos que puedan presentarse y los efectos sobre su salud que pueden derivar de su participación en el experimento. “El deber y la responsabilidad para determinar la calidad del consentimiento recaen sobre el individuo que inicia, dirige o toma parte del experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada a otra persona con impunidad”.

¹⁰⁴ Asimismo, y no menos importante, la Declaración de Helsinki, de 1964, es una guía ética para la asistencia médica y la investigación que involucra seres humanos, en la que se subraya la protección a la libertad de las personas a participar o no mediante su consentimiento previo. De igual forma, se establece que a los participantes se les debe proporcionar información sobre el estudio de forma escrita u oral.

el enfermo era tutelado por el médico, que tomaba las decisiones y asumía la responsabilidad del tratamiento, ya que el paciente era considerado como un menor de edad.¹⁰⁵

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el ciudadano fue tomando conciencia de su merecido respeto a la dignidad personal y a la libertad individual, hecho que marcó el comienzo de una nueva era en la que el paciente se convierte en un sujeto activo en las relaciones médico-asistenciales, con plena capacidad y autonomía para decidir sobre aspectos relacionados con su vida y salud.

Segunda etapa: Consentimiento informado. Son evidentes los avances en las relaciones sanitarias con respecto a obtener del paciente o del usuario de los servicios de salud su consentimiento, para que el cuerpo médico pueda actuar con total legitimidad. Sin embargo, no se había puesto en consideración la unión axiológica e indispensable del deber de información y del consentimiento informado, razón por la cual, en 1957, en el Estado de California, se introduce por primera vez el término consentimiento informado (*informed consent*) en el seno del caso *Salgo vs. Stanford Jr. University Board of Trustees*, cuya causa fáctica consistía en que un paciente, Martín Salgo, como consecuencia de un procedimiento —diagnóstico realizado con anestesia y con uso de contrastes— para tratar su arteriosclerosis, sufrió una parálisis irreversible en los miembros inferiores; el problema se basaba en que el médico tratante no le informó sobre los riesgos o posibles complicaciones de la intervención previa, con la excusa de que, si se les informa a los pacientes de las complicaciones que se pudieran presentar, nunca consentirían su realización.

En el referido caso, el Tribunal estableció que el médico tiene la obligación de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que le permita al paciente dar un consentimiento racional. El derecho al *informed consent*, concluyó el Tribunal, es necesario para que el paciente pueda tomar una *decisión autónoma*.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Esteva, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 24.

¹⁰⁶ La decisión autónoma se desprende del principio *respeto a las personas*, más conocido como el *principio de autonomía*, implica dos consideraciones éticas. De una parte, la exigencia de reconocer la autonomía, esto es, el derecho a la autodeterminación de los individuos capaces, debiendo respetarse las decisiones por ellos adoptadas tras haber recibido una información adecuada. De otra, la necesidad de proteger a las personas que, por inmadurez o incapacidad, tienen disminuida su autonomía, es decir, a quienes no tienen la capacidad natural suficiente para ejercer su derecho a la autodeterminación.

Gracias al fallo, se reconoce el deber de información como un deber unido o ligado a la obtención del consentimiento y, a su vez, el derecho de los pacientes a la autodeterminación; así pues, es preciso argumentar que la información previa al consentimiento es condición *sine qua non* para la formación de la decisión autónoma del paciente en aquellos asuntos que afectan a su salud o su cuerpo, por lo que, tanto el consentimiento como la información previa, son garantías para el ejercicio de la libre determinación del paciente.¹⁰⁷

Tercera etapa: Consentimiento válido. Toma como referencia el caso Culveren 1982, argumentando el Cuerpo Colegiado que la obtención del consentimiento puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado no puede ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa.¹⁰⁸

Este tercer ciclo puede cobijar el lapso entre 1975 y 1989, en el que se observa una mayor implicación social en el debate ético y mayor autoconciencia colectiva de los científicos e investigadores y su responsabilidad pública.

Cuarta etapa: Consentimiento auténtico. Es la decisión auténtica del paciente, es decir, la que se encuentra conforme al sistema de valores del paciente que consiente.

El consentimiento informado fue acuñado por primera vez por un Tribunal de California en 1957, con posterioridad, el concepto se consolidó gracias al Informe Belmont, que fue el reporte que realizó la Comisión Nacional para la protección de sujetos humanos de investigación biomédica y de comportamiento, creada en 1974 por el presidente de los EE. UU. Jimmy Carter con el fin de tratar y resolver de fondo un tema de escándalo público que había sido denunciado por el *New York Times* en 1972. En concreto, se trataba del asunto concerniente al estudio de Tuskegee sobre la sífilis,¹⁰⁹ mediante el cual médicos el servicio de salud pública de los EE. UU. y funcionarios del gobierno, durante el lapso de 1932 hasta 1972, engañaron a 399 participantes afroamericanos, de estatus social bajo y procedentes del condado de Macon, Alabama, haciéndoles creer que estaban recibiendo tratamiento por *sangre mala*; sin embargo, la

¹⁰⁷ Tarodo, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 25.

¹⁰⁸ Galán, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 25.

¹⁰⁹ Sin embargo, no se puede desconocer que los datos monstruosos y las barbaries en las investigaciones con humanos desarrolladas por los nazis, así como el programa de investigación llamado Escuadrón 731, que desarrolló el Ejército imperial japonés para experimentar con humanos, fueron piezas claves influyentes para que se considerara tratar el escándalo sobre el estudio de Tuskegee sobre la sífilis.

realidad del estudio era que no recibían el verdadero tratamiento para combatir las sífilis.¹¹⁰

En 1978 la Comisión presenta el Informe Belmont,¹¹¹ principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación, en el que se

¹¹⁰ Con la Primera Guerra Mundial (1914-1919) decae el impulso del Reich a la medicina en general, y a la investigación biomédica en particular; empero, tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y la llegada al poder del régimen nacionalista, con Alfred Hitler al frente, el Estado alemán impulsa profusamente la investigación con seres humanos movida por un único vector, la defensa de una pretendida raza aria, a través del progreso científico, con absoluta vulneración del marco normativo preexistente, incluyendo la obligación del galeno de obtener el consentimiento del sujeto experimental, lo que hace incluso más condenables las aberraciones cometidas. Con este propósito, el Tercer Reich, adopta una serie de medidas eugenésicas, previstas en el programa político que presenta el Partido Nacional Socialista a las elecciones en las que, democráticamente, vence, voto que le vale para acceder al poder. Entre las medidas podemos destacar la Ley para la Prevención de las Enfermedades Hereditarias de la Descendencia (*Gesetz zur Verhütung Erkrankun Nachwuchses*), promulgada el 14 de julio de 1933, o la conocida como Operación T4. Estas medidas, y muchas otras que lleva a cabo el régimen nazi, ampliamente difundidas por el Reich en incisivas campañas publicitarias, legitiman la realización de auténticas barbaries en el ámbito de la experimentación con seres humanos que afectan a toda aquella minoría que se considera inferior, judíos, discapacitados físicos y psíquicos, gitanos, prostitutas, homosexuales, polacos..., todo ello con el fin de evitar que puedan reproducirse y contaminar la genética alemana. No obstante, no es el alemán el único Estado donde se cometen abominables atrocidades en el ámbito de la investigación bioética. La experimentación con seres humanos se extiende a muchas naciones, siendo muy remarcable el ejemplo de los Estados Unidos de América, donde, existiendo algún experimento aislado con sujetos propiamente voluntarios, la práctica habitual es la omisión de toda la información a los sujetos experimentales sobre los riesgos anejos al experimento e, incluso, el desarrollo de investigaciones biomédicas en personas que ni siquiera son conscientes de ser objeto de experimentación. De hecho, es el propio gobierno norteamericano el que financia la realización de múltiples proyectos de investigación biomédica no consentidos por los sujetos experimentales, incluso cuando ya han visto luz diversos instrumentos internacionales que exigen la información y el consentimiento de los sujetos experimentales previamente al inicio de la investigación, como el Código de Núremberg se integra en el veredicto dictado por un tribunal en Norteamérica en un proceso en el que se enjuicia a los altos cargos del Ejército y Gobierno nacionalsocialista por participar en la muerte de miles de civiles, y a múltiples científicos y médicos nazis por la práctica de experimentación en cuerpos humanos promovidas por el Reich. A título meramente ejemplificativo de experimentaciones desarrolladas en tierras americanas, cabe citar la investigación llevada a cabo en Bikini Atoll o las de las sífilis practicadas en Guatemala, los ensayos con radiaciones practicadas a enfermos con cáncer, la inyección de células cancerígenas en enfermos internos en el Jewish Chronic Disease Hospital, la inoculación del virus de hepatitis en menores internos en el Willowbrook State School o el conocido como Tuskegee Syphilis Study. Este último experimento, con toda probabilidad el más sobrecogedor de los llevados a cabo en Norteamérica a lo largo del siglo XX, tanto por el número de personas afectadas como por la duración, constituye un hito esencial en sede de consentimiento informado en el ámbito de la investigación biomédica por su repercusión mediática y porque, con él, se puso en evidencia al Gobierno de los Estados Unidos, hasta el extremo de que el propio presidente Bill Clinton pronuncia un discurso en la Casa Blanca mostrando arrepentimiento en nombre propio, del gobierno y la sociedad estadounidense por una atrocidad cuyos resultados son demoledores: hasta 1972, de los participantes en el estudio, 28 mueren de sífilis y otros 100 de complicaciones relacionadas con la sífilis; asimismo, de no tratar la patología en los enfermos seleccionados para el estudio, las esposas de 40 de ellos resultan infectadas y 19 bebés contraen la enfermedad al nacer. Tras el Tuskegee Syphilis Study, la sociedad norteamericana toma conciencia definitivamente de la relevancia del consentimiento informado como requisito previo al inicio de toda experimentación con seres humanos, lo que, unido a la positivación del derecho a la autodeterminación del sujeto experimental en multitud de textos normativos de índole tanto jurídica como ética, contribuye a que el consentimiento informado se introduzca progresivamente como práctica habitual en sucesivas experimentaciones. Cadenas Osuna. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, 46.

¹¹¹ Aunque no tiene eficacia jurídica, el Informe Belmont ha sido muy influyente en los Estados Unidos en la toma de conciencia antes los temas bioéticos, puesto que consagra los principios de bioética.

establecieron los principios y las directrices para la investigación realizada en sujetos humanos. El documento establece como principios básicos el respeto a las personas, la beneficencia y la justicia. Asimismo, el informe contiene un libelo dedicado al estudio de las aplicaciones de los principios básicos que consideran al consentimiento consciente un requisito para su aplicación efectiva. Para el ejercicio del proceso consciente, expone el informe, se requieren tres elementos: información, comprensión y voluntad.

El referido informe fue fundamental para que el consentimiento informado se escalara entre los temas más polémicos y relevantes que merecían especial cuidado y estudio, por los intereses que estaban en juego: la vida, la salud, la autonomía de voluntad, la dignidad humana y la integridad personal. Así comienza una nueva era en el campo jurisprudencial en los que sobresalen diferentes casos.

La Corte Suprema Judicial de Massachusetts, en 1979, reconoció, en sentencia dictada en el caso *Rogers vs. Oakin*, que cada adulto competente tiene derecho a renunciar al tratamiento, o incluso a la cura, si esto se vincula con lo que para él son intolerables consecuencias con riesgos, por más que este sea aconsejable a los ojos de médico.

Con este pronunciamiento judicial, se reafirma el consentimiento informado como derecho autónomo y los principios básicos de la bioética que legitiman la actuación del equipo sanitario, teniendo en cuenta que el paciente puede aceptar o rehusar su sometimiento a un tratamiento, decisión de tal relevancia que debe respetarse y acatarse en virtud del desarrollo de la autonomía y de la dignidad humana.

En consideración a otro aspecto determinante del consentimiento informado que es la debida, clara y completa información previa, en 1981 la Corte Suprema de Canadá promulgó una sentencia con ocasión del caso *Reibl vs. Huges*, en el que se debatía sobre la omisión del deber de información previa del facultativo sobre los riesgos de la cirugía a la que sería sometido el paciente; para infortunio del médico cirujano, el señor Reibl, después de someterse a un procedimiento quirúrgico, realizado de forma diligente, fue víctima de un derrame cerebral, riesgo propio de dicho procedimiento y que requería su divulgación. Además, el demandante informó que de conocer las posibles consecuencias de la cirugía no hubiese optado por someterse a ella, puesto que preferiría una vida más corta a vivir como un inválido, con las consecuencias económicas desfavorables que esto le ocasiona y aún más cuando el tratamiento no era urgente ni inmediato.

En el referido caso, el Juez Laskin, teniendo en cuenta que el consentimiento del paciente podía reputarse *consentimiento informado*¹¹² por falta de información anticipada, señaló que los defectos relativos del derecho del paciente cuando se trata de su elección libre informada sobre el sometimiento o el rechazo a un adecuado y recomendable tratamiento médico, constituyen infracciones del deber de cuidado exigible al médico; es decir la omisión del deber de información constituye un caso de negligencia médica por omisión de la *lex artis ad hoc*.

Es importante destacar, en el fondo, la presencia y el reconocimiento de este derecho a la autodeterminación, pues se corresponde con la necesidad de adecuar la relación clínico asistencial a las estructuras del Estado de Derecho, esto es: la necesidad de insertar los derechos fundamentales en la relación clínica, vida, integridad física, libertad y libre desarrollo de la personalidad; el paciente es el titular de los derechos, especialmente, a la autonomía, intimidad y privacidad; rige el sistema de valores que el paciente ha asumido para orientar su existencia; la decisión final resulta de un proceso en el que convergen la información técnica del profesional sanitario con los deseos y valores personales del paciente.¹¹³

Estos principios desarrollados en la jurisprudencia y también en varias normas de diferentes países, y no solamente en los EE. UU., sino también en América Latina, como, por ejemplo, Argentina donde destacan célebres casos relacionados con la materia en los que se destaca que el médico que respeta el principio de autonomía del paciente y obtiene el consentimiento informado de este se considera que no vulnera la voluntad del paciente, respeta su dignidad y honra su libertad.

Uno de los primeros casos argentinos, en los que se resolvió en favor de la libertad del paciente para rechazar el tratamiento fue en 1991. El caso Juan Jacobson, en el que un paciente diabético, al que su estado imponía amputarle la pierna debido a

¹¹² El consentimiento es un acto mediante el cual el paciente muestra su conformidad a la intervención o tratamiento médicos propuestos, cumpliéndose de esta forma con el requisito imprescindible para que los profesionales sanitarios puedan actuar. En cualquier caso, para ser válido, se ha de cumplir con los siguientes requisitos: 1. Debe ser libre, esto es, expresando sin presiones ni coacciones de ningún tipo por parte de terceros, incluyendo no solo a los familiares, sino también a los propios médicos. 2. Voluntario, consiente y manifestado en el pleno de sus facultades, excluyéndose por ello el consentimiento otorgado por personas que carezcan de capacidad natural. 3. Debe otorgarse después de recibir la información adecuada, pues sin información, el consentimiento otorgado será considerado como no válido, es un consentimiento desinformado y carente de eficacia legal.

¹¹³ Tomado del material de trabajo dentro del curso Derechos del Paciente y Responsabilidad Sanitaria, de la primera edición del Título Propio de Experto de la Universidad Pablo de Olavide, Área de formación permanente de la Fundación UPO. Curso 2018-2019. Parte dos. "El consentimiento informado". Profesores Francisco Oliva Blázquez y Davinia Cadenas Osuna.

la infección en el pie que ponía en riesgo la vida, se negó a ser amputado. El Tribunal respetó la decisión del paciente en aras de salvaguardar el derecho a la integridad personal y a la autonomía de voluntad, posteriormente, ocurrió su deceso.¹¹⁴

En España se elabora un copioso cuerpo jurisprudencial de fallos interesantes sobre la institución del consentimiento informado, en especial después de 1986, cuando se estableció en la Ley General de Sanidad el derecho a la información.

Así las cosas, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en que se expuso: “una de las consecuencias del carácter satisfactorio del acto médico quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado [...] una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto el riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”.¹¹⁵

Con la aparición del neologismo *Bioética*, entre los años 1969 y 1970, y la posterior creación de un campo de estudio dirigido explorar interdisciplinariamente las dimensiones morales relativas a la vida y la atención de la salud, tanto el mundo científico como el de la comunicación comenzaron a familiarizarse con los nuevos términos relacionados con la aparición del sujeto moral, que en este caso es el paciente, y su participación en la toma de decisiones en el plano médico.¹¹⁶

Esto provocó que el equipo de salud, antes de aplicar procedimientos invasivos o de alto riesgo a un paciente, debía explicarle pormenorizadamente el fin del

¹¹⁴ Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H. 21 de febrero de 1991. En esta misma línea ha sido hito jurisprudencial el famoso caso que, en 1995, falló el Juez Pedro Hooft, prestigioso biotecista, en el cual respetó la decisión de un enfermo grave, aunque no terminal, y con capacidades cognitivas y volitivas óptimas, que rehusó una intervención quirúrgica consistente en la amputación de la pierna, hecho que finalmente determinó su muerte. En la Providencia se expuso que no respetar la negativa del paciente hubiera acarreado la transgresión de su esfera de libertad personal, de su intimidad y privacidad que desencadenaría un ataque a su dignidad como persona. El magistrado, convencido del discernimiento y la libertad del paciente mediante pericias psiquiátricas, el dictamen de una comisión de bioética y una entrevista personal con el enfermo, respetó su derecho a rechazar la intervención que lo mantendría vivo a costa de una grave mutilación.

¹¹⁵ Tribunal Supremo Español, Sentencia 25 de abril de 1994. De la cita jurisprudencial transcrita se desprende que es vital la exigencia del consentimiento informado antes de proceder a una intervención o actuación médica, agotando previamente el deber de información para que el paciente pueda expresar conscientemente si se somete o no a dicho tratamiento. Después del análisis realizado sobre el origen del consentimiento informado, es viable exponer que la evolución con respecto al reconocimiento de los derechos de los pacientes, algo impensado en la medicina tradicional, concretó una desarticulación de la relación médico-paciente, ya que el galeno se debió enfrentar a un sujeto portador de derechos con una determinada patología, y no simplemente a una patología portada por el sujeto.

¹¹⁶ *Ibid.*, 91.

procedimiento, al igual que los riesgos y beneficios que representa para su salud y las alternativas de tratamiento con que se cuentan y, en su caso, recomendarlo.

El objetivo de ello es que sea la persona enferma quien acepte o rechace la propuesta realizada por los profesionales.

Así, se sistematizan las preocupaciones en torno a considerar al enfermo como persona apta, plena, titular de obligaciones y derechos, dueño de una autodeterminación que le permite, de forma libre y racional, ejercer su dominio sobre sí mismo y, por lo tanto, participar en las decisiones terapéuticas, diagnósticas o de investigación.

Ante este giro, Cecchetto¹¹⁷ expone que en este nuevo contexto se inició la postulación de que la beneficencia médica podía resultar un gran aliado para la autonomía del paciente y coadyuvar a un tratamiento exitoso sin afectar la dignidad humana ni la intimidad moral.

A partir de este momento, la información y el consentimiento ganaron gran importancia.¹¹⁸ Sus raíces no están justamente en la práctica de la medicina, sino que se relacionan con la Ética médico-jurídica.

Cabe decir que los contornos del llamado *consentimiento informado* aún no han sido bien dibujados.¹¹⁹ En particular, no existe claridad respecto a los límites de la información que todo profesional debe dar al paciente y cómo esto complica seriamente la relación médico-paciente, sobre todo si se tiene en cuenta que la práctica médica más sencilla encierra siempre todo tipo de riesgos para el paciente.

La evolución de la institución como tal en el marco legal y filosófico repercute de diferentes formas: impulsando el desarrollo de legislación protectora de los pacientes,

¹¹⁷ Sergio Cecchetto, "Consentimiento informado: Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimientos", en *Bioética y bioderecho: Cuestiones actuales*, ed. Luis Guillermo Blanco (Buenos Aires: Eudeba, 2002), 199.

¹¹⁸ J. Katz, "Informed Consent in Therapeutic Relationship: Legal and Ethical Aspects". En *Encyclopedia of Bioethic*, vol. 2, ed. W. T. Reich (Nueva York: Macmillan, 1978): 770-8.

¹¹⁹ Antonio Damián Fraga y Manuel Lamas Meilán, *El consentimiento informado. El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica* (Madrid: Edit. Revista Xurídica Gallega, 1999); Elena Highton y Sandra Wierzba, *La relación médico paciente: El consentimiento informado* (Nueva York: Edit. Ad Hoc, 1991); María Patricia Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica: Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud* (Bogotá: Temis, 1997); Amelia Sánchez, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios* (Madrid: Tecnos, 1998); Julio Galán Cortés, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios* (Madrid: Edit. Colex, 1997); Howard Brody, "El jefe de clínica médica", en *Decisiones de vida y muerte: Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, coord. Florencia Luna y Arleen Salles (Buenos Aires: Edit. Sudamericana, 1995), 63. Alfredo Kraut, *Responsabilidad civil de los psiquiatras*, capítulos 11, 12, y 13. (Buenos Aires: Edit. La Rocca, 1998).

potenciando la Bioética y colocando al modelo tradicional paternalista en crisis, ante la nueva realidad-relación, paciente médico.

En consecuencia, el debate correlativo a este derechos lo que deja es la percepción pero también la realidad del cambio de paradigma de la relación médico-paciente, se desecha la idea del paternalismo hipocrático por una relación de tipo horizontal en la que los pacientes usuarios del servicio de salud adquieren un papel protagónico y especial en virtud del reconocimiento de sus derechos de autonomía, integridad, dignidad humana y, en especial, al derecho a consentir después de estar debidamente informado.

1.6.2. La relación médico-paciente en el siglo XXI

El avance científico de la medicina con la aplicación de las nuevas tecnologías ha originado diversos tratamientos que demuestran que es menester la exigencia del consentimiento del paciente para cualquier procedimiento médico que se vaya a realizar tras brindarle una previa información veraz, completa y eficiente del tratamiento y de sus consecuencias.

En la actualidad, la relación médico-paciente se caracteriza por el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, por el principio de beneficencia médico, por el principio de justicia, por el cumplimiento del deber de informar al paciente para obtener después el consentimiento, encontramos la ecuación horizontal, que da como resultado una participación simétrica del médico frente al paciente, ante la toma de decisiones.

1.6.3. Principios básicos del derecho a la información y de la institución del consentimiento informado

Los derechos humanos forman parte fundamental de la dimensión objetiva de la sociedad, lo que indica que deben estar presentes en cualquier relación social particular, tal protección de derechos constituye un principio general del derecho internacional y es base de los ordenamientos jurídicos, lo que implica que junto al principio de soberanía estatal se encuentra hoy el principio constitucional y estructural del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos, derivado de la afirmación de la dignidad de la persona y su reconocimiento como sujeto de derechos merecedor de respeto.

Las relaciones sanitarias deben estar guiadas y asentadas por los contenidos valorativos de los derechos con el fin de lograr su reafirmación, eficacia y protección,

alentando así la participación activa del enfermo en su proceso de curación, lo que logra humanizar la asistencia que recibe.¹²⁰

Los derechos del paciente a la información y al consentimiento informado tienen rango de fundamentales, gracias a que permiten el ejercicio de una multiplicidad de derechos conexos de origen constitucional que abogan por la exaltación y el respeto de la persona en todos los aspectos y campos en los que se encuentre y que contempla la dignidad humana.¹²¹

Tal importancia adquiere este derecho, el consentimiento informado y, su fundamento en los derechos humanos que, según un sector importante de la doctrina, el ilícito cometido por la omisión o defecto del deber de información del facultativo no se centra tanto en la negligente actuación médica en el curso del tratamiento como en la violación del derecho del paciente a elegir un tratamiento o rechazar algún procedimiento.

Así entonces, este derecho no supone un mero formalismo o un requisito más a llevarse a cabo en una intervención o práctica médica, sino que encuentra su fundamento en el respeto de la persona como soberana sobre su vida, su cuerpo y su salud. Por ello, al tomar el consentimiento informado del paciente, es necesario que el profesional de la salud no asuma su labor como un mero procedimiento administrativo, sino que sea consciente de sus fundamentos filosóficos, jurídicos y pedagógicos para actuar conforme a su finalidad ética.¹²²

A pesar de lo manifestado, los principios que gobiernan la institución, estos no se tornan en absolutos, porque están limitados por los derechos de los demás, el orden

¹²⁰ Carpizo y Carbonell citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes, *El consentimiento informado en la praxis médica*, 58.

¹²¹ La actividad médica debe desarrollarse en cumplimiento de los mandatos constitucionales. Por ello, su ejercicio ha de fundarse en el reconocimiento de que el paciente es un ser poseedor de derechos como la dignidad humana, la autonomía de la voluntad, la integridad y la intimidad, pues, a pesar del estado de salud del enfermo, esta conserva sus garantías y su papel como protagonista en las decisiones relacionadas con su vida y salud. Tal y como señalan los considerandos de la Ley Número 177 (Ley de Derechos y Amparo del Paciente, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 626, de 3 de febrero de 1995, y modificada el 22 de diciembre de 2006, por el Congreso Nacional en el plenario de las comisiones legislativas), se considera que la protección de la salud y la vida son derechos inalienables del ser humano y así los consigna la Constitución Política de la República, que establece que estos derechos solo pueden ejercerse dentro de un marco legal que precautela la inmediata atención de las personas en casos de emergencia en los servicios de salud; los pacientes tienen derecho a conocer, en los servicios de salud, la naturaleza de sus dolencias, el diagnóstico médico y las alternativas de tratamiento, respetando su privacidad y dignidad. El artículo seis de dicha Ley contiene el derecho a decidir, esto es, que todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

¹²² Blank y Rodríguez, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes, *El consentimiento informado en la praxis médica*, 61.

jurídico y por la premisa constitucional de prevalencia de construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades, por lo que cada caso se debe examinar con total rigurosidad con el fin de que en situación de conflicto entre derechos sopesen aquellos que alcancen mayor valor y ponderación para las circunstancias de hecho que se examinan.

a) Dignidad humana

Considerada el primer valor intrínseco e inalienable de todo ser humano,¹²³ independientemente de sus condiciones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

La consideración de la dignidad humana como principio y valor vincula ámbitos exclusivos de la persona y de los cuales se aboga la protección de la CRE, la autonomía o posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa libre elección, unas condiciones de vida cualificadas referidas a las circunstancias materiales necesarias para el desarrollo del proyecto de vida.

El respeto de la dignidad humana en el consentimiento informado implica el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales del paciente y, en especial, de las personas y grupos de atención prioritaria, como las personas adultas, ancianas, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. Son estos grupos quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado; la misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil,

¹²³ La dignidad humana se fundamenta en la idea del alma racional. Esta noción es la que eleva a la condición humana sobre unas condiciones de vida y eleva a lo humano sobre otras especies. Solo el hombre, entre todos los seres conocidos, tiene, en cuanto persona, el privilegio de intervenir por voluntad suya en la cadena de la necesidad, irrompible para los seres meramente naturales, y hacer partir de sí mismo una serie totalmente nueva de fenómenos. El acto por el cual lo lleva a cabo se llama, de preferencia, una acción, y únicamente aquellas de sus realizaciones que resultan de una de esas acciones se llaman obras suyas. Así pues, solo por sus obras pueden hombre demostrar que es una persona. Schiller, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 39.

desastres naturales o antropogénicos, reconociendo el Estado la presentación especial de protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.¹²⁴ Además, encierra en su contenido la consideración de la persona como capaz de tomar las riendas de su vida, pues, en la dignidad, el espíritu se conduce frente al cuerpo como soberano, porque tiene que afirmar su autonomía contra el instinto imperioso que, prescindiendo de él, obra directamente y trata de sustentarse a su yugo.¹²⁵

En el campo de la relación sanitaria, los profesionales de la salud, antes de prevenir o combatir las enfermedades, están o deben servir para curar pacientes, que son seres humanos cuya dignidad no queda anulada o disminuida por su dolencia.¹²⁶

Es así que el paciente, por el hecho de estar enfermo, no pierde su dignidad humana, sino que, al contrario, se debe abogar por el respeto y la garantía de esta como fundamento y valor último de los seres, base de los derechos humanos, que se manifestará, para el caso que se estudia, con una adecuada información y en la obtención del consentimiento del enfermo para legitimar la práctica del profesional médico.

Señala Kant, que la dignidad no tiene precio y es intrínseca e imprescindible a la naturaleza humana: “En el reino de los fines todo tiene precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”. [...] “ese valor interno solo puede reconocerse en la persona, que goce consecuencia de dignidad, único ser capaz de darse leyes a sí mismo, es decir, ser capaz de autonomía”.

En consecuencia, se respeta la dignidad del paciente cuando se le considera sujeto activo de las decisiones concernientes a su vida y su salud, reconociendo que es autónomo y que su integridad es inviolable. Por ello, los profesionales de la salud deben ser capaces de actuar, considerando y fomentando los derechos humanos en el ámbito sanitario, pues los rasgos de un ciudadano humanizado,¹²⁷ son el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todo hombre, la identificación de cada persona como ser único y reconocimiento de sus diversas dimensiones, es decir, su dimensión holística, lo que

¹²⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 35.

¹²⁵ Schiller, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 63.

¹²⁶ Leguina, citada por De las Heras, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 62.

¹²⁷ Howard, citado por Vallecillas, 2008, en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 63.

implica la ruptura de posiciones reduccionistas que convierten al paciente en una neta investigación, una enfermedad, un tratamiento o una función del riesgo de síntomas.

b) Autonomía de la voluntad

Como clara manifestación del principio de la dignidad humana se encuentra el respeto a la autonomía de la voluntad al reconocer que los individuos somos libres y agentes morales autónomos.¹²⁸ Por ello, es la propia persona quien debe darle sentido a la existencia y, en armonía con ella, un rumbo, así en materia médico asistencial a los propios pacientes les corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y, por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización.

En la práctica médica, el medio más simple de evidenciar la autonomía es precisamente al tomar decisiones, sin embargo, esta a veces se ve limitada por factores como: falta de información, información inadecuada e incompleta o, en el peor de los casos, por la actitud de un médico tratante de corte paternalista, que, obrando en pro del principio de beneficencia, decide por el paciente, atentando contra su discreción y autonomía.

En este contexto, el paternalismo en medicina es una alarma que atenta contra los derechos de los pacientes a la autonomía y a la información, pues se arraiga en la idea del conocimiento infalible del médico y en su capacidad para determinar lo más conveniente para la salud del paciente, sin entrar a evaluar las condiciones e intereses de este. Por ello, el paternalismo desconoce al paciente como un sujeto libre y capaz de elegir bajo su propio juicio, paradigma que fuera justificado en el campo de la medicina argumentando que la interferencia en la libertad del paciente se respaldaba en la búsqueda estricta de su curación y recuperación de su salud, actitud que es abiertamente reprochada por los principios y derechos fundamentales que reconocen a la persona como un ente director de su propia vida.

Por consiguiente, el principio de autonomía matiza el principio ético de beneficencia, este es el que ha de definir lo que es bueno para sí mismo. Lo bueno ya no es objetivo. Por tanto, no se puede hacer el bien a otros en contra de su voluntad, aunque sí haya obligación de no hacerle el mal.

¹²⁸ En Ecuador, el derecho a la autonomía se encuentra respaldado constitucionalmente en el art. 38 de la CRE: El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En consecuencia, la importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento informado y cualificado.

c) Integridad física y moral

El término integridad proviene de latín *integer* que significa totalidad, interesa o unidad intacta. La integridad hace referencia al equilibrio personal que guardan los elementos corporales, psicosociales e intelectuales de la vida del ser humano. De lo que se desprende que el bien jurídico protegido con el derecho a la integridad física y moral es la inviolabilidad del ser humano,¹²⁹ es decir, el respeto a la persona en su conjunto cuerpo y espíritu, que comprende dos facetas: el derecho a no sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes y el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento.

Derecho a la integridad física y moral íntimamente vinculado con el concepto de dignidad humana y de autonomía de la voluntad, busca el respeto por el ser humano para que actúe de acuerdo con su voluntad y su conciencia en todo lo relacionado con su cuerpo y su salud.

Por tanto, cada sujeto tiene disponibilidad sobre su esfera corporal en aras de proteger su autonomía individual, de modo que el derecho a la integridad abarca el de autonomía, ya que con la pérdida de esta se impide que la persona obre como un ser completo e intacto.¹³⁰

¹²⁹ La integridad protege las tres dimensiones de la persona que le garantizan al ser humano su existencia, es decir, la conservación y protección de las condiciones físicas, morales y psíquicas; por ello la integridad física implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que con lleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales. La integridad moral se refiere al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones.

¹³⁰ En Ecuador en el art. 54 de la CRE en la sección novena sobre las personas usuarias y consumidoras, se establece que las personas o entidades que prestan servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que se incorpore. El inciso final de esta disposición constitucional establece que las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio; en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. Además, la misma CRE, en el capítulo sexto, en los derechos de libertad (art. 66), reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la inviolabilidad de la vida (no habrá pena de muerte), el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. El numeral tercero de la disposición recoge el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual; asimismo, se reconocen otros derechos como la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atente contra los derechos

El derecho a la integridad e inviolabilidad de la persona, en materia de salud, no solo alude a la prohibición y prevención de ataques dirigidos a lesionar el cuerpo o espíritu del enfermo, sino que también proclama la oposición de toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento informado del titular. Y por ello su garantía implica una facultad negativa que envuelve un deber de abstención de actuaciones médicas, salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas o que estén respaldadas por un claro ejercicio del derecho de autodeterminación. Ello indica claramente que el derecho a la integridad física y moral resultará quebrantado cuando se imponga a un paciente una práctica médica o activa sin haberla consentido y sin que exista ninguna justificación constitucional.

Desde el punto de vista de la irresponsabilidad del profesional de la salud, es preciso confirmar que el consentimiento informado no implica bajo ninguna manera la indemnidad para el médico, pues no está exonerado de la responsabilidad frente a su actuar bajo las condiciones de culpa, peor aún puedo considerarse como una autorización para someter al paciente a prácticas injustificadas.

Esta firma impresa en un documento pre establecido no exime de responsabilidad a los profesionales de la salud, frente a los eventos de mala praxis que pueden producirse en desmedro de la salud de las personas usuarias del sistema de salud. De manera que el consentimiento informado no puede constituirse en patente de corso, exonerando automáticamente el médico de su actuar mediante un desplazamiento del riesgo al paciente, de forma que, abstracción hecha de haber informado de un determinado riesgo tras cierta cirugía, su materialización informado generará en todo caso responsabilidad si fue consecuencia de un proceder inadecuado por parte del médico, pues la mala praxis no se encuentra ampara por ningún documento de consentimiento informado.

No se puede confundir la autorización para someterse a una intervención quirúrgica o tratamiento médico con los acuerdos de exoneración o limitación anticipados de responsabilidad, puesto que la primera es una manifestación de voluntad que, partiendo de la obligación que tiene el galeno de informar, están dirigidas a permitir que se realice la intervención o acto médico de que se trate; pero de ninguna manera pueden exonerar o limitar la responsabilidad de una mala praxis médica.

humanos, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

Es más, en nuestro ordenamiento jurídico no existe la posibilidad de exonerar o limitar anticipadamente de responsabilidad al médico, ya que la supremacía de normas *pro homine* destrozan la posición impositiva de la aplicación del consentimiento informado bajo la arista de irresponsabilidad. Así:

Artículo 1 de la Ley Orgánica de la Salud.- La presente ley tiene la finalidad de regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política y la ley. Se rige por los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos intercultural, de género, generacional y biomédico.

El Código Civil ecuatoriano además trae normas específicas respecto de las relaciones contractuales, como, por ejemplo, el art. 1478 establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público y el art. 1485, denota que los actos y contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzca y en que se renuncie la acción de nulidad.

d) Intimidad personal

Constituyese en el derecho que protege la vida privada del individuo y a su familia. Toda persona tiene la necesidad de conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, comprendiendo tanto el secreto y respeto a la vida íntima como la facultad de defenderse de la divulgación de sucesos privados, consintiendo que cada individuo tiene control de la información sobre sí mismo, para alcanzar la tranquilidad, la paz interior y el desarrollo de la personalidad.

En opinión de Sánchez Caro y Abellán, el derecho a la intimidad le atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a su divulgación por terceros y a una publicidad no querida.¹³¹

En el ámbito de la salud, el derecho a la intimidad debe preservar segundos aspectos: la confidencialidad o protección de los datos relativos a la salud del paciente y la protección a la intimidad personal, que tiene su punto de partida en la intimidad corporal y llega a la del constructor de los valores y creencias.¹³²

¹³¹ Sánchez Caro y Abellán, citado en Monsalve Caballero y Navarro Reyes, *El consentimiento informado en la praxis médica*, 69.

¹³² La CRE, dentro de los derechos de libertad y, específicamente, el art. 66, reconoce y garantiza a las personas, entre otros derechos: el constante en el núm. 11, que protege el derecho a guardar la reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud o vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

Pues bien, si el paciente consiente tácitamente en ser atendido y valorado por el galeno, no supone que renuncia a su intimidad y, por ende, a la confidencialidad en las cuestiones relativas a su salud.

En la actividad médica, se debe tener en cuenta que es una relación que se funda en la confianza y en la confidencia; se enmarca en el campo del respeto a la intimidad de los pacientes, logrando que los datos de información gocen de privacidad de acuerdo con el querer del enfermo, lo que permitirá, de una u otra forma, la observancia del principio de dignidad humana.

En las relaciones médico asistenciales es necesario que el paciente colabore con el profesional de la salud suministrándole cierta información, datos que quizá no ha compartido con las personas que le rodean o con los más allegados, pero que se tornan necesarios para su historia clínica y para lograr un diagnóstico certero con el fin de recuperar su salud.

Por ello, es vital que el equipo sanitario guarde reserva, de manera que lo comunicado en absoluta confianza no pueda trascender los pasillos de los recintos hospitalarios o a personas a las cuales el paciente no desea que se revelen dichos datos o cuestiones relativas a su salud, de lo que se desprende el deber del galeno conocido como *sigilo profesional*.¹³³

Los datos concernientes a la salud se consideran datos sensibles, pues afectan de forma directa a la intimidad del titular o su uso indebido puede generar su discriminación, ya que estos abarcan el ámbito propio y personal del sujeto y, por tanto, merecen especial cuidado en su manejo, de tal forma que se garanticen los principios de seguridad, confidencialidad y de acceso.

De esta forma, podemos concluir afirmando que toda actividad médica en la que se obtenga, utilice, administre o transmita información y documentación clínica del enfermo-paciente debe observar el estricto respeto a la dignidad humana, a la autonomía

¹³³ El art. 92 de la CRE se refiere a la acción de Hábeas Data, esto, es el derecho que toda persona tiene, por sus propios derechos o como representante legitimado al efecto, a conocer la existencia y acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, la finalidad, el origen y destino de la información personal y el tema y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la Ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la Ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atiende su solicitud, esta podrá acudir, a la Jueza o Juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

de voluntad, la intimidad, debida reserva y confidencialidad, obligación que no solo se refiere a los médicos, sino también a todo el equipo sanitario, profesional o no de la salud, que maneje o manipule la información de los pacientes o tengan acceso a ella.

e) Definición: consentimiento informado

El tema se constituye en uno de los puntos más importantes de la responsabilidad civil médica, ya que a partir de él surgen diversas consecuencias jurídicas en torno a la relación médico-paciente.¹³⁴

Consentimiento e información considerados dentro del ordenamiento jurídico en general, deberes legales que deben estar presentes en toda relación dada la existencia inexorable y el respeto de los derechos de las personas a la dignidad humana, a la autonomía de voluntad y a la libertad, con vital observancia de sus opiniones, consideraciones y decisiones, siempre y cuando no se menoscaben los intereses constitucionales de terceros.

Las obligaciones de información y de recabar el consentimiento son el resultado de la necesidad de asegurar los tratos obligacionales, elemento práctico de contención y equiparación de las notorias desigualdades contractuales, cuando se ha despertado un interés por estudiar la figura con carácter autónomo, es decir, sin necesidad de referirnos a los vicios del consentimiento o a la obligación de saneamiento, dado que auspician el reconocimiento de derechos fundamentales y, por tanto, su desconocimiento atentaría contra el ordenamiento jurídico y la CRE.¹³⁵

El consentimiento informado adquiere relevancia en el campo de las relaciones médico-asistenciales precisamente por las garantías constitucionales que encierran y que se ponen en juego en el curso de esta área profesional, y que, por tanto, requieren mayor

¹³⁴ Este consentimiento consiste en la autorización que da el enfermo al galeno para que efectúe el acto médico, ya sea un tratamiento o una intervención quirúrgica. Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente o, ante su imposibilidad física o mental, puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso, en casos de emergencia, el médico puede intervenir unilateralmente. A partir de la autorización que da el paciente a su médico, comienza a desarrollarse la labor de este último sobre el organismo del primero, en aras de buscar su curación o al menos su mejoría. Uno de los aspectos más importantes del consentimiento es el alcance de este, ya que determina el campo de actuación donde podrá desenvolverse el médico y el cual no puede excederse, salvo que se trate de un caso grave e inaplazable. Cabe señalar, igualmente, que el médico es el que decide qué tratamiento es más conveniente para el enfermo, pero, sin embargo, tiene el deber de informar a sus pacientes sobre los posibles riesgos que este acarrea, con el fin de que sea autorizado para llevarlo a cabo. Este consentimiento no se constituye, sin embargo, en causa de exoneración para el médico, ya que este debe siempre responder por los daños que culposamente ocasione en el cuerpo y en la salud del paciente. Sergio Yépez. *La responsabilidad civil médica* Medellín: Dike, 1992), 88.

¹³⁵ Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 149.

cuidado y comprensión, dada la consideración de todo ser humano como sujeto capaz de tomar, por regla general, sus propias decisiones.

Exponente máximo del derecho a la autonomía del paciente, el consentimiento informado implica tanto valores sociales como individuales y puede definirse como la explicación a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, con el fin de solicitarle su aprobación para ser sometido a estos procedimientos.¹³⁶

Concluimos con una acepción del consentimiento informado como aquella declaración de voluntad emitida por el paciente que, después de haber recibido del profesional de la salud suficiente y clara información referida al tratamiento o procedimiento médico-quirúrgico prescrito, decide prestar su conformidad y someterse a tal intervención, o, por el contrario, opta libre y abiertamente porque no se lleve a cabo el tratamiento aconsejable.

El *Manual de ética* de la AMA de 1984, al referirse al consentimiento informado, sostiene que es el acto consistente en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de la enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos recomendados para, a continuación, solicitarle su consentimiento para ser sometido a esos tratamientos.

1.6.5. La información como derecho fundamental del paciente

En el reconocimiento de los derechos del paciente, la primera etapa estuvo vinculada al campo investigativo y luego se expandió a todas las áreas de las relaciones médico-asistenciales. Así nacen los principios bioéticos o principios éticos de asistencia sanitaria que guardan las relaciones entre el médico y los pacientes, a saber, el de

¹³⁶ “El consentimiento informado”, Oliva Blázquez y Cadenas Osuna. “El consentimiento. Concepto y forma”. Material de estudio de la primera edición del título propio de experto de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Derechos del paciente y responsabilidad sanitaria. Curso 2018-2019.

beneficencia, autonomía, no maleficencia y justicia, logrando profundas transformaciones dentro de la *lex artis*,¹³⁷ que regula el acto médico.¹³⁸

Para el caso de la investigación que nos ocupa, enfoquémonos en el principio de autonomía, pues el consentimiento informado es la expresión máxima del mismo, que se percibe como un derecho del paciente y un deber de los facultativos, siendo la información, su contenido y comprensión los pilares para la efectividad de un consentimiento pleno y válido del enfermo.

El ejercicio médico se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: el primero, la capacidad técnica del médico; el segundo, el consentimiento idóneo del paciente.

El primero de los principios hace referencia a la competencia científica del equipo sanitario para valorar, diagnosticar y remediar la enfermedad que sufre el paciente.

Por su parte, el consentimiento idóneo del paciente se presenta cuando acepta o rehúsa una actuación médica, seguidamente de haber recibido una información adecuada, apta, verdadera y suficiente que le permita emitir un juicio de valor con respecto al tratamiento recomendado.

Así, para lograr el consentimiento es indispensable el ejercicio del derecho a la información del paciente, con su correlativo deber de información del médico, llegando de esta forma a la seguridad y confianza en las relaciones sanitarias.

¹³⁷ Después de los juicios de Nuremberg, que conmovieron a la pública opinión mundial (no solo en el ámbito médico) por las atrocidades cometidas, se elaboraron los códigos de Nuremberg, 1948, Helsinki, 1974, Tokio, 1975 y Venecia, 1983, para proteger a los individuos de otros posibles abusos de la experimentación en humanos. En la misma línea de reconocimiento y protección se dictó la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos de la UNESCO, el Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y biomedicina, conocido como el Convenio de Oviedo, y, entre otras, la Resolución 37 194 de la Asamblea General de la ONU. Ya desde la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, la UNESCO o la OMS, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, 1948, que ha sido punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida en 1994 por la oficina regional para Europa de la OMS, además de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones.

¹³⁸ El marco último de una Ética semejante vendría dibujado al hilo del tiempo por cuatro principios, apuntados de forma incipiente en el llamado informe Belmont: el principio de *No-maleficencia*, que prohíbe los tratamientos contraindicados; el de *Beneficencia*, que exige hacer el bien al paciente; el de *Autonomía*, que impone tener en cuenta su voluntad a la hora de tomar decisiones drásticas, y, por último, el principio de *Justicia*, que exige una distribución justa de los recursos en procura del bien salud.

La información o el acceso a la verdad, como también se lo reconoce, adquiere rango de derecho, sencillamente porque a cada persona le es justo decidir, con apoyo y conocimiento de causa, sobre particularidades capitales de su vida como lo son el proceso de salud-enfermedad o el proceso de vida-muerte.

La información considerada como un proceso de relación verbal¹³⁹ de intercambio de información entre el profesional sanitario y el paciente, es y forma parte de todas las intervenciones sanitarias y constituye un deber más de los profesionales. El titular del derecho a la información es el paciente, también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho en la medida en que el paciente lo permita.

La información se regula, no solo desde el punto de vista asistencial, sino también la relacionada con el Sistema Nacional de Salud y el derecho a la información necesario para poder elegir el médico o centro sanitario.

El profesor Francisco Oliva Blázquez afirma que el consentimiento informado es un elemento completamente esencial de la relación médico asistencial, ya que es el instrumento mediante el cual el paciente ejerce habitualmente su derecho a la autonomía o autodeterminación en el marco de la relación clínica asistencial. Hace expresa referencia el profesor a que el Tribunal Constitucional español ha calificado el derecho al consentimiento informado como fundamental¹⁴⁰ e insiste que en cualquier caso el

¹³⁹ La regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir el tratamiento o intervención bastarán para considerar cumplido el requisito del consentimiento informado, aunque aquellos deben ser concluyentes de que prestó su consentimiento con conocimiento de causa.

¹⁴⁰ El Tribunal Constitucional español ha reconocido la dimensión constitucional de la que goza el consentimiento informado en sentencia de la Sala Segunda 37/2011 de 28 de marzo de 2011. En dicho pronunciamiento, el máximo intérprete de la Carta Magna española estableció la siguiente doctrina: Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los datos médicos que afecten al sujeto pueda ejercer completa libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas. Solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presentan, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos de las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos estrechamente imbricados, puesto que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de la información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación. La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

consentimiento informado goza de una dimensión constitucional en un doble sentido. Por un lado, es una proyección de derechos fundamentales y valores constitucionales tan importantes como la libertad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, y finalmente, la libertad de conciencia.

Por otro lado, el principio de autonomía del paciente constituye una verdadera bandera axiológica y ontológica.

En este sentido, otorga al consentimiento informado el rango de principio esencial en el ámbito de la sanidad, fijando al respecto que para que cualquier intervención pueda llevarse a cabo es necesario que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, estando además facultada para retirarlo libremente en cualquier momento.

La referencia a la información previa debe comenzar aclarándose que el derecho a la autonomía privada en la relación asistencial es un “derecho bifásico” porque, primero, se manifiesta como información completa y real que deben proporcionar al paciente los profesionales de la medicina y, solo después, aparece como un consentimiento libre y voluntario de la persona. Esto es, sin información no puede haber consentimiento real y válido, por eso es esencial la existencia de un proceso de información completo y claro.

Obviamente, existe un límite al deber informativo del médico, debiendo este entregar la información que contenga los mínimos exigibles: la finalidad por la que se realiza y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias.¹⁴¹

Apartado especial en la explicación e información que se debe como parte de este primer tramo instrumental del consentimiento informado —la información al

¹⁴¹ Ante todo, es imprescindible contestar la siguiente pregunta: ¿qué significa que los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible? Es obvio que la información existente puede ser ingente, prácticamente inabarcable, y desde luego no parece razonable abrumar al paciente con una cantidad inasumible de información que, a la postre, acabará por generarle confusión e inseguridad. La información comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito cuando sea necesario, la información básica siguiente: las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; el diagnóstico de enfermedad o lesión que padece; el pronóstico que pueda esperarse de la enfermedad; los riesgos que puede derivarse; ventajas e inconvenientes; alternativas de tratamiento; tratamiento posterior; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y el estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención (se trata de los llamados riesgos típicos, inherentes, asociados, previsibles e importantes que toda intervención o tratamiento médico conlleva); los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. Estos últimos son los llamados riesgos personalizados, que habrán de determinarse necesariamente en función de la edad, la salud y las circunstancias profesionales del paciente. Esto implica que el profesional sanitario ha de llevar a cabo el esfuerzo de informar caso a caso y de manera personalizada, pues no serán idénticos los riesgos de una intervención quirúrgica de un joven que goce de un excelente estado de salud que el de una persona mayor y con problemas cardíacos y diabetes.

paciente— es diferenciar que cuando se trate de supuestos de medicina voluntaria o satisfactiva, como es el caso de actos médicos con fines estéticos, el deber de información, cobra mayor importancia, puesto que los riesgos probables incluyen cualquier riesgo.

La profesora Cadenas Osuna, en su obra *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, señala que en medicina satisfactiva se exige al profesional sanitario una mayor rigurosidad en la información sobre los riesgos derivados de la intervención o tratamientos en aras de eludir, al ser un procedimiento innecesario —o al menos de una relativa necesidad— para el mantenimiento o restauración de la salud del sujeto, el silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

Para hacer material el principio de información en el consentimiento informado se destaca que el médico está obligado a transmitir a su paciente, “la verdad”, siendo este un principio de naturaleza normativa, pues no se trata de una norma que solo puede cumplirse o no, sino de un mandato de optimización en aras de ser realizado dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

Cabe señalar que, como principio, el derecho a la información no tiene carácter absoluto en su aplicación, lo que indica que en caso de conflicto entre este principio y otros en el campo de la asistencia sanitaria, corresponde realizar un ejercicio de ponderación de acuerdo con los pesos sobresalientes de mayor valor de cada principio en esas circunstancias fácticas, debiendo ceder aquel de menor peso, lo que no significa afectar la fuerza normativa del principio que cede, sino solo su forma de aplicación a la luz de un caso específico, pues no se puede afirmar que el principio que no prevaleció no forma parte del sistema jurídico o que no tiene validez, porque en un caso futuro los principios que operaron en su contra en esa situación puede que tengan menos peso o no entren en juego, y entonces puede llegar a ser decisivo para determinar su solución. Por ende, los principios gozan de un peso relativo, por lo que su determinación no puede realizarse con precisión y se mantiene como una cuestión controvertida.¹⁴²

Los médicos y, en general, el equipo sanitario son los encargados de garantizar el derecho a la información del paciente, logrando que las relaciones con estos se basen en el respeto de la dignidad y autonomía de las personas, requiérase entonces generar

¹⁴² Bonorino y Peña, citados en Monsalve Caballero y Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*, 75.

un canal comunicativo adecuado que permita al enfermo el conocimiento de la verdad sobre su situación y las alternativas de recuperación.

Es preciso que la información sea suministrada con precaución, es decir, sin llegar al extremo de un encarnizamiento informativo, que implicaría informar sin tener en cuenta las condiciones psicológicas, físicas y familiares del paciente con el fin de no ser tachado de violador del derecho conocer la verdad.

1.6.5.1. El derecho a no ser informado

El derecho del paciente a la información cuenta también con una arista que es el derecho del paciente a no saber, es decir, aquella posibilidad de renunciar a ser informado y conocer sobre su enfermedad. Este es el corolario lógico del derecho a consentir un tratamiento médico o el derecho a rechazarlo, de manera que el derecho a no saber se convierte en la contracara necesaria del derecho a conocer la información médica relevante para someterse a un tratamiento.¹⁴³

¹⁴³ Visto en modo negativo el derecho a la información, surgen las excepciones al consentimiento informado. Como ya se ha reiterado en varias ocasiones, el consentimiento informado es la clave de todo proceso asistencial. No obstante, existen algunos supuestos en los cuales, de forma extraordinaria, puede llevarse a cabo una intervención sin necesidad de contar con el consentimiento informado del paciente. Uno de ellos es la renuncia del paciente a ser informado, que ha de ser expresa (nunca tácita) y, por supuesto, debe hacerse constar documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención, esto es, el paciente deberá consentir la intervención propuesta, aunque sea de forma desinformada. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Otra excepción del consentimiento informado, es el estado de necesidad o privilegio terapéutico: el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. La Ley 41/2002 en España elude emplear el término privilegio terapéutico por las evidentes connotaciones negativas que este tiene, y, en su lugar, prefiere hablar de estado de necesidad terapéutica. Ahora bien, cabe hacerse la siguiente pregunta ¿cuándo se da este estado de necesidad terapéutica? La misma norma aclara que cuando por razones objetivas el conocimiento por el paciente de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Por lo tanto, puede deducirse de las palabras empleadas que el legislador está pensando en el supuesto en el que, por ejemplo, un médico diagnostica una enfermedad a una persona especialmente hipocondríaca y, en razón de dicha enfermedad, pueda entender, fundadamente, que el conocimiento de su diagnóstico puede afectarle de una manera dramática a su actual estado de salud. Pero, en cualquier caso, no debe ser algo opinable o susceptible de valoración subjetiva, sino que deben invocarse claramente la existencia de razones objetivas. Así pues, solamente en casos excepcionales, cuando se dé una razón de posible afectación a la salud personal, perfectamente acreditada, puede privarse al paciente de su derecho a ser informado, a saber y conocer su estado de salud real. Una excepción más al consentimiento informado es el riesgo para la salud pública. La misma Ley Española 41/2002, en su artículo nueve letras a, declara que cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley, los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento. Por lo tanto, es perfectamente posible iniciar un tratamiento en contra de la voluntad explícita del paciente cuando existe algún riesgo efectivo para la salud pública. La última excepción al consentimiento informado es la existencia de riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del enfermo. El último supuesto legalmente recogido en el que se autoriza a los facultativos para llevar a cabo una intervención sin necesidad de consentimiento informado se refiere a la existencia de un riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del enfermo, siempre y cuando no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares y a las personas vinculadas de hecho a él. Por lo tanto, para que el médico decida

Otra vez, el derecho a rechazar la información nuevamente constituye la materialización del principio a la autonomía y autodeterminación del paciente, pues debe respetarse la voluntad del enfermo a no ser informado, no pudiendo convertirse el derecho a la información en una obligación para quien no desea saber. Sin embargo, esta decisión no excluye la necesidad de obtener el consentimiento del paciente para llevar a cabo el procedimiento recomendado.

Para que sea válida la renuncia a un derecho es indispensable que el enfermo conozca la facultad atribuida. Así pues, los pacientes deben conocer que los médicos tienen el deber de informarle sobre su enfermedad y tratamiento, que tiene el derecho de tomar libremente las decisiones concernientes a su cuerpo y su salud, que todo tratamiento o procedimiento médico debe contar con el aval del paciente —es decir, con el consentimiento— y que su decisión incluye la facultad de consentir o rechazar un procedimiento o actuación médica.

Aparece un tema contradictorio, el choque de dos intereses y derechos: si bien es conveniente comunicar al paciente sus derechos, no es preciso notificarle sobre el derecho que tiene a no recibir información, puesto que se corre el riesgo de que crea que no debe querer la información o que el médico no la quiere revelar. En consecuencia, el profesional de la salud no debe expresamente comunicar la posibilidad de renuncia, salvo que el paciente, de forma espontánea, exprese su deseo de no participar en el proceso de comunicación y decisión.

Cuando el paciente manifiesta expresamente su deseo a no ser informado, se debe acatar la decisión dejando constancia de su renuncia en un documento, ya sea por escrito o por medio magnético. Lo importante en este caso es que en la historia clínica se deje constancia de tal declaración, pues en ella debe plasmarse que se le prestó información al paciente o que este renunció a ser informado.

Ante esta negativa, es recomendable que tal renuncia quede consignada en la historia clínica, con el fin de evitar inconvenientes posteriores y así el profesional médico pueda, en caso de presentarse alguna eventualidad o conflicto legal con motivo del tratamiento practicado, evidenciar con una prueba material que él cumplió con su

unilateralmente practicar una intervención no basta con la simple existencia de un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, sino que hace falta además que no se pueda contar ni con el consentimiento del paciente ni con el consentimiento de las personas que rodean su entorno personal o familiar.

deber de informar, pero que, muy a pesar de ello, el paciente, en uso de sus capacidades volitivas, exteriorizó su desistimiento libre y voluntario a ser informado.

En conclusión, es menester que el médico deje constancia en la historia clínica de que ha informado al paciente y, con mayor razón aún, de que este ha renunciado a su derecho a saber.

1.6.6. Consecuencias de la inobservancia del deber de informar

La falta de la entrega de información de manera adecuada al paciente es constitutiva de responsabilidad civil del profesional médico. Cuando el paciente no ha recibido toda la información necesaria ha prestado un consentimiento desinformado, sin conocimiento de causa, y se genera la consiguiente responsabilidad civil del profesional sanitario y su obligación de indemnizar al paciente.

Responsabilidad civil que acarrea y supone *per se* un daño moral que debe ser indemnizado con independencia de que se produzcan, además, daños en la integridad física del paciente, pues tal infracción supone la privación del derecho a ejercer la autonomía de la voluntad en el ámbito de la salud, lo que se traduce, a su vez, en la pérdida de oportunidad de haber optado por otra decisión, ya sea no ser sometido a tratamiento, aceptar otro diferente e incluso, a pedir otra opinión, sin olvidar que supone un atentado contra su dignidad.

En suma, la falta de consentimiento informado del paciente supone en todo caso una infracción por el facultativo de las obligaciones que le impone la *lex artis ad hoc* y una correlativa vulneración del derecho del paciente a la autonomía personal en el ámbito de su salud susceptible de resarcimiento como un daño individualizado y autónomo respecto de las posibles secuelas que puedan derivarse de la actuación médica no consentida.

Se considera que la omisión del consentimiento informado del paciente constituye un daño moral indemnizable por lesión por su derecho a la autonomía solo cuando de la actuación médica no consentida se derive para el paciente un resultado negativo de cuyo riesgo debía haber sido informado con anterioridad a la prestación de su consentimiento y que no lo fue. Únicamente en tales casos puede ser indemnizado el daño moral sufrido por el paciente, pero no el daño corporal derivado del acto médico y de cuya ocurrencia se hace depender el resarcimiento del daño moral derivado de la privación de su derecho a decidir.

La doctora Cadenas Osuna afirma que, la omisión del consentimiento informado causa al paciente en todo caso un daño moral por la lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado de ser debidamente solicitado su consentimiento y del resultado exitoso o fallido de la actuación médica.¹⁴⁴ En cambio, los daños corporales derivados para el paciente del tratamiento no consentido no constituye daños que pueden imputarse al profesional sanitario por la omisión del consentimiento informado del paciente porque no resultan objetivamente imputables a la conducta del facultativo.

Resumiendo, se contemplan dos tipos de daños en los casos de omisión del consentimiento informado del paciente, los daños corporales físicos o psíquicos, derivados de la actuación médica no consentida, y el daño moral por lesión del derecho a la autonomía del paciente, ya sea entendido este último como un daño autónomo o bien se supedita su resarcimiento el resultado negativo del tratamiento no consentido.

1.6.6.1. Causalidad fáctica

Se plantea, a continuación, la determinación de la causalidad material entre la omisión del consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente.

Es necesario puntualizar que se debe establecer la causalidad material, no con relación a la omisión del consentimiento informado, sino con relación al negligente desarrollo de la asistencia sanitaria considerada en su globalidad, entendiendo que tal asistencia es causa del daño si su supresión hipotética conlleva también la desaparición del resultado dañoso.

De forma que, solo cuando se sabe que el daño no se habría producido si el profesional hubiera recabado el previo consentimiento del paciente, se podrá concluir que la actuación asistencial negligente, entendida en su globalidad, es causa material del daño.

Cabe preguntarse, si es posible el establecimiento de un vínculo material de causalidad entre la omisión del consentimiento y los daños corporales que para el paciente se derivan de la intervención diligente del médico.

Para responder debemos preguntar si el resultado dañoso se había producido de haberse obtenido el consentimiento del paciente, lo que se traduce en la necesidad de cuestionarse previamente sobre la decisión que hubiera adoptado el paciente si el facultativo hubiera solicitado tal consentimiento, pues solo cuando el paciente hubiese

¹⁴⁴ Cadenas Osuna, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, 59.

rechazado el tratamiento se puede entender la omisión de su consentimiento como la causa material del daño derivado de dicho tratamiento médico.

Respecto al vínculo de causalidad material entre la omisión del consentimiento y el daño moral sufrido por el paciente en su derecho a decidir, hay que partir de una premisa: siempre que se realice una actuación médica sin el consentimiento del paciente se lesiona su derecho a la autonomía, con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente de haberse solicitado su consentimiento y de si del procedimiento médico se deriva o no un daño corporal del paciente. Intervenir o tratar al paciente si su consentimiento conlleva desconocer su derecho a decidir libremente.

1.6.6.2. Imputación objetiva

La imputación objetiva no persigue identificar las causas del daño, sino esclarecer cuándo este puede atribuirse objetivamente a cada una de las conductas ligadas al resultado dañoso con arreglo a las leyes de la naturaleza —Pantaleón Prieto—

Conceptualmente existen dos criterios de imputación que tienen especial relevancia en el supuesto que nos ocupa de omisión del consentimiento informado del paciente, el criterio del incremento del riesgo y el de la causalidad adecuada.

Cadenas Osuna manifiesta que el criterio del incremento del riesgo exige, para que pueda imputarse objetivamente el daño, que el incumplimiento de la norma de cuidado haya incrementado la probabilidad de producción del resultado dañoso.¹⁴⁵

En lo que respecta a los daños corporales, la aplicación de este criterio del incremento del riesgo impone excluir la imputación objetiva de los daños corporales derivados del procedimiento médico no consentido, dado que tal omisión no aumenta la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso respecto de la conducta alternativa diligente.

En cuanto al daño moral, este criterio determina su imputación objetiva a la omisión del consentimiento informado, puesto que, con tal omisión, el facultativo no es que aumente, sino que crea *ex novo* el riesgo de daño moral, toda vez que este daño, por razones obvias, no se habría producido en caso de haberse solicitado su consentimiento con carácter previo.

De otra parte, el criterio de causalidad adecuada permite excluir la imputación objetiva de aquellos daños que resulten imprevisibles para un observador experimentado con los conocimientos especiales del dañante al momento inmediatamente anterior al de

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 59.

la realización de la conducta dañosa. Sobre esta base, se excluye la imputación objetiva de los daños corporales derivados de la actuación médica a la omisión de consentimiento informado del paciente en la que incurre el médico, pues, si bien este podría haber previsto que su conducta omisiva causaría una lesión al derecho de autonomía del paciente al privarle de la posibilidad de adoptar una decisión informada en el ámbito de la salud, no resulta razonable extender tal previsibilidad a los daños que puedan derivarse de la ejecución diligente de una actuación médica.

Por el contrario, el daño moral derivado de la vulneración del derecho a la autonomía del paciente resulta imputable objetivamente a la omisión del consentimiento informado con arreglo a este criterio de la causalidad adecuada, dado que el facultativo puede prever que tal omisión priva el paciente de la posibilidad de adoptar una decisión informada, causándole, consiguientemente, un daño moral por lesión de su derecho a la autodeterminación en el ámbito de la salud con independencia de la hipotética decisión que hubiera adoptado el paciente al haberse solicitado su consentimiento informado con carácter previo al tratamiento o intervención.

1.6.6.3. La omisión del consentimiento informado como conducta culposa del médico

Sabemos bien que la responsabilidad médica es subjetiva, lo que significa que la condena al profesional sanitario requiere la previa constatación del carácter culposo de su conducta.

Esto nos lleva a plantearnos, en este contexto, si el médico actúa negligentemente cuando no solicita el consentimiento informado al paciente, pese a ejecutar su actuación médica dentro de *lex artis ad hoc*. Al respecto, hay que decir que es indispensable recabar el consentimiento informado del paciente, pues este integra la *lex artis* y su omisión constituye un supuesto de mala praxis.

De esta forma, la *lex artis ad hoc* impone al facultativo el deber de actuar no solo de modo técnicamente correcto, sino también de cumplir con las obligaciones que le incumben respecto a la información y el consentimiento.

Más la responsabilidad de indemnizar no nace de la mera infracción de los deberes y obligaciones que el ordenamiento coloca a cargo del profesional de la medicina, entre la conducta negligente del médico y el daño sufrido por la víctima debe mediar una conexión que constituya la justificación del deber a cargo del primero. Esta

conexión se sustenta, prima fase, en la posibilidad de entramar la relación de causalidad entre la conducta del médico y los daños sufridos por el demandante.

De forma que solo si se incluye que el daño no se habría producido de haber cumplido el médico con sus obligaciones podría decirse que existe una relación de causalidad que permite la imputación de responsabilidad.

La particularidad del supuesto de falta de consentimiento informado radica en que la infracción del deber de informar causó las lesiones o la muerte del paciente hay que esperar qué curso habrían tomado los acontecimientos si el paciente sido debidamente informado.

A la vista de las pruebas, el juez debe concluir, con certeza o con probabilidad calificada, que el paciente debidamente informado de las alternativas y de los riesgos del procedimiento terapéutico que le fue recomendado habría tomado la decisión de no someterse al mismo cuando lo hizo, sea porque habría optado por una terapia distinta o por cualquier razón.

La necesidad de establecer el nexo de causalidad entre la infracción imputable al médico y el daño reclamado por el paciente es cuestionada, sin embargo, quienes consideran que la falta de información requerida por la ley permite anudar automáticamente a la conducta ilícita del médico con todos los perjuicios derivados de la realización del tratamiento médico, o porque la intromisión es la esfera corporal del paciente carece de justificación o porque la falta de la información debida comporta la asunción por parte del médico del riesgo de que el tratamiento fracase o tenga efectos adversos.

Por lo demás, se ha negado la posibilidad de establecer ese nexo causal argumentado que es imposible determinar cuál hubiera sido el curso de los acontecimientos, al tratarse de un juicio cuyo objeto son las hipotéticas reacciones personales e intransferibles del paciente, que el juez no está en condiciones de reconstruir *ex post facto*.

En los supuestos de falta de consentimiento informado, el médico efectúa la intervención o el tratamiento sin haber informado al paciente de modo adecuado, bien porque la información proporcionada es insuficiente o bien porque se comunicó de forma inapropiada.

Mas el paciente, por hipótesis, es conocedor de la finalidad del procedimiento terapéutico recomendado, así como de sus características principales.

No se puede afirmar que el médico actúa en contra de la voluntad del paciente o que toma la decisión de intervenirle o tratarle sin contar con su opinión, aun por culpa de aquel, el paciente carece de los elementos necesarios para escoger con conocimiento de causa entre las opciones que tiene ante sí.

Estas diferencias entre los tipos de casos explican por qué no cabe presumir *iuris et de iure* que el paciente debidamente informado hubiera rechazado la intervención o el tratamiento. Admitir semejante presunción comportaría condenar por el hecho de incumplir la obligación de obtener el consentimiento informado, al margen de la prueba de la relación de causa efecto entre aquella infracción y el daño por el que se reclama compensación.

El juicio de antijuridicidad, por lo tanto, no debe hurtar el análisis de la causalidad y de los criterios de imputación objetiva. Si la mera ilicitud de su conducta justificara la imputación de las lesiones, bastaría demostrar que no informó, por ejemplo, de los riesgos de la anestesia para imputarle los perjuicios causados por los efectos secundarios de la medicación empleada durante la intervención, aunque sobre tales efectos la ley no le obligara a informar. Llevado al extremo, el planteamiento aquí cuestionado podría tener incluso como consecuencia imputar las lesiones padecidas por el paciente, aunque no pudiera establecerse con certeza que tales lesiones fuesen debidas al tratamiento o la intervención, por considerarse en todo caso consecuencias vinculantes del acto médico *ab initio* de legitimación.

1.6.6.4. La carga de la prueba de la omisión de consentimiento informado

En aplicación de la teoría de la facilidad probatoria o distribución dinámica de la prueba, se permite que la carga de la prueba recaiga sobre la parte que esté en mejores condiciones de aportarla. La doctrina resulta clave en el contexto de la responsabilidad médica, dado que los profesionales y los centros sanitarios disponen de una posición mucho más ventajosa para acceder a los medios de prueba. Por tal razón, esta regla procesal tiene suma importancia para acreditar la culpabilidad del médico en los supuestos de omisión de consentimiento informado del paciente; no en vano, en la actualidad se halla completamente por sentar a la doctrina jurisprudencial conforme a la cual, de acuerdo con la regla de la facilidad probatoria, recae sobre los profesionales y centros de salud la carga de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones de informar y recabar el consentimiento informado.

Una cuestión distinta es la referida a la prueba de que el consentimiento informado se otorgó de manera correcta, es decir, conociendo los riesgos, expectativas de éxito y tratamientos alternativos. La acreditación de este hecho parece que se hace recaer sobre el paciente.

En este ámbito procesal, la jurisprudencia española recuerda que recae sobre los profesionales y el centro médico la carga de la prueba de que se ha suministrado adecuadamente toda la información, puesto que no se puede obligar al paciente a probar un hecho negativo, ya que sería tanto como imponerle una prueba perversa¹⁴⁶ o diabólica.

Hay que destacar que la mención en la historia clínica de que se ha informado al paciente debe ser suficiente para probar la existencia del hecho.¹⁴⁷

1.6.6.5. Determinación del *quantum* indemnizatorio

Entre los criterios para poder determinar la cuantía de la indemnización a favor del paciente por la lesión al derecho a la autonomía en el ámbito de la salud provocado por la omisión del consentimiento informado, en España se ha recurrido al baremo que recoge la normativa sobre circulación y vehículos de motor, aplicando analógicamente las indemnizaciones establecidas para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad y, partiendo de ello, determinando la cuantía resarcitoria conforme a un criterio estimativo.¹⁴⁸

1.6.7. Derechos de protección del paciente: Segundo. El derecho a decidir

El derecho al consentimiento informado es bifásico, esto significa que una vez que ha recibido el paciente la información abierta, completa, verdadera y en términos claros y accesibles, el proceso ha cumplido su primera fase; después de la información viene la idea de la aceptación o del consentimiento, que le corresponde expresarlo al paciente.

¹⁴⁶ STS de 13 de abril de 1999.

¹⁴⁷ Francisco Oliva Blázquez y Davinia Cadenas Osuna “El consentimiento informado”. Material de estudio de la primera edición del título propio de experto de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Derechos del paciente y responsabilidad sanitaria. Curso 2018-2019.

¹⁴⁸ Así, el Tribunal Supremo ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal y, en especial, el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden tener valor orientador para la fijación de las consecuencias patrimoniales derivadas de los daños corporales acaecidos en otros sectores de actividad. SSTS 11 de noviembre de 2005, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008. Sobre esta base, se ha aplicado el sistema legal incorporado a la LRCSCVM en supuestos de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil médica o sanitaria. SSTS 10 de diciembre de 2011, 11 de febrero de 2011, 4 de marzo de 2011, 1 de junio de 2011.

En el siglo XXI, el consentimiento informado es el más importante dentro de los derechos del paciente. No obtener o vulnerar este derecho equivale a la violación de la integridad física del paciente. No es un derecho más, sino que se reconoce un rango constitucional como expresión de la integridad física.

Por regla general el consentimiento el paciente lo otorga de manera verbal, sin embargo, hay que decir hay que decir que el consentimiento informado escrito es perfectamente válido para darle uniformidad a todo el proceso. Empero, ha sido este el mecanismo de no cumplirlo de manera eficaz, al demandar únicamente al paciente o a sus familiares el rellenar un formulario o formatos preconcebidos, actuaciones que distorsionan y vulneran el derecho a consentir un determinado tratamiento de salud una vez escuchada la información suministrada por el médico.

Entonces, el consentimiento informado para Highton y Wierzba¹⁴⁹ es una declaración de voluntad expresada por el paciente, quien, luego de brindársele la suficiente información referida a su diagnóstico y sobre el procedimiento o intervención que se le propone realizar, decide aceptar o no el sometimiento a dicho procedimiento o intervención. Su base conceptual se sustenta en la dignidad humana y en el respeto a la autonomía de su voluntad. Esta definición incorpora dos criterios, según Gisbert Calabuig.¹⁵⁰

Criterio volitivo: sustentado en la libertad de la voluntad del paciente, en su libre albedrío, que le permite optar libremente si aplicarse o no determinado tratamiento o procedimiento, predominando su verdadero deseo y voluntad.

Criterio cognitivo: basado en que la persona conozca a lo que se somete y pueda discernir en el momento de la ejecución del hecho.

El sector de la salud goza de gran interés social y complejidad, los derechos de los pacientes actualmente son medulares y rigen las relaciones con el médico. Para Tamayo,¹⁵¹ el galeno se enfrenta a un sujeto de derechos con una determinada enfermedad, y no a una enfermedad portada por un sujeto.

El progreso de esta relación y de los derechos se vincula y perfecciona con la introducción de tecnología en la medicina, reforzando la importancia del consentimiento

¹⁴⁹ Highton y Wierzba, *La relación médico paciente: El consentimiento*, 11.

¹⁵⁰ Antonio Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología* (Valencia: Fundación García Muñoz, 1984), 142.

¹⁵¹ José Tamayo, "Consentimiento informado", *Revista Novedades Jurídicas*, Año IV (2007): 12-23.

informado, puesto que mediante la aplicación de los progresos tecnológicos aparecen continuamente nuevos tratamientos que hasta ahora eran desconocidos.

Es penoso reconocerlo, pero es así: en el país no existe jurisprudencia que confiera la importancia y el reconocimiento debido al consentimiento informado. Los fallos nacionales se limitan a resaltar su existencia normativa y se remiten a repasar la norma que reconocen su existencia, a saber, Ley Orgánica y Ley de Derechos y Amparo al Paciente.

La práctica frecuente es que los consentimientos informados se escriban y firmen minutos antes de las intervenciones en formularios por los médicos e instituciones que prestan el servicio sanitario.¹⁵²

De lo dicho, se deduce que es vital la exigencia del consentimiento informado prestado de modo efectivo antes de proceder a una intervención o actuación médica, debiendo cumplirse previamente el deber de información por el médico para que el paciente pueda decidir si se somete o no a dicho tratamiento.

1.6.8. La autodeterminación es el derecho a exteriorizar la voluntad

El ordenamiento jurídico recoge una serie de derechos y garantías para las personas que están presentes en el orden biomédico, entre las que se destaca el derecho a la autodeterminación. Se considera que gozar de autodeterminación significa realizar una actividad con sentido completo de deseo, elección y aprobación personal.¹⁵³

Esta exteriorización de voluntad no es más que el mismo consentimiento informado que se encuentra plenamente integrado a la práctica médico-asistencial contemporánea y, como se reitera, no es más que la expresión del principio de autonomía de la voluntad, que implica, ante todo, el deber de respetar las decisiones libres de las personas. Esto es, de acuerdo con el pensamiento kantiano, “que entiende que todos tenemos la libertad moral necesaria e imprescindible para alcanzar nuestra propia realización, se llega a la conclusión de que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos”.¹⁵⁴

¹⁵² Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil, en *Juicio Ordinario 158-2014. María Augusta Aguirre Troya vs. Blum Pinto Bernardo*.

¹⁵³ Michael Wehmeyer, et al., *Escala de autodeterminación personal: Adolescentes y adultos con discapacidad intelectual* (Madrid: CEPE, , 2014), 4.

¹⁵⁴ Francisco Oliva Blázquez y Davinia Cadenas Osuna, “El consentimiento informado”. Material de estudio de la primera edición del título propio de experto de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Derechos del paciente y responsabilidad sanitaria. Curso 2018-2019.

En el ámbito médico, se refiere a la libertad y la elección de decidir qué quiere o no hacer una persona con respecto a tratamientos, procedimientos e intervenciones médicas que afecten el cuerpo humano.

En los protocolos, se determina la obligación del médico tratante de informar al paciente de las consecuencias de sus decisiones; el paciente adulto y en condiciones mentales totalmente competentes tiene derecho a dar o a negar su consentimiento a que se le realicen los exámenes, diagnósticos o terapias de acuerdo con su patología.

El manejo de los derechos del paciente recoge la posibilidad de que este se niegue a ser partícipe de procesos de investigación o ser objeto de enseñanza en medicina, ya sea en las aulas o en cualquier ambiente relacionado con el asunto.

En el supuesto de que el paciente se encuentre en estado de inconsciencia y no pueda expresar su voluntad, es necesario, de ser posible, contar con el consentimiento de su representante legal cuando sea legalmente pertinente.

En caso de no disponer de dicho representante y requerir una intervención médica urgente, se procede a suponer el consentimiento del paciente, excepto que se tenga la convicción de que este rechazaría la intervención bajo cualquier condición. Por otro lado, el médico, bajo los principios éticos y el juramento hipocrático, en su desempeño siempre buscará las alternativas necesarias para salvar la vida del paciente que se encuentre en estado de inconsciencia, incluso si este intentó suicidarse.

Cuando el paciente esté legalmente incapacitado para cualquier intervención, incluyendo los menores de edad, se requiere el consentimiento de su representante legal. Se debe tener en cuenta en cada caso su capacidad de comprensión y de discernimiento para determinar si, a pesar de estar incapacitado legalmente, puede tomar decisiones racionales y, de resultar procedente, la persona enferma debe participar al máximo en la toma de decisiones, debiendo estas ser respetadas y poseyendo el paciente el derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal.

Otros de los supuestos a tener en cuenta sobre el tema se producen cuando el representante legal del paciente o una persona autorizada prohíbe el tratamiento que para el médico es el idóneo y adecuado para el paciente. En este caso, el profesional de la medicina debe apelar a la decisión de la institución de salud que corresponda u otra con la mayor celeridad que el caso requiere.

En los casos de emergencia, el médico procederá a tomar la decisión que resulte mejor para el paciente. Solo en casos excepcionales autorizados por la ley y los

principios de la Ética médica se pueden realizar intervenciones o procedimientos médicos contra la voluntad del paciente.

1.7. Autonomía de la voluntad, enfoques y despliegues propios del derecho asistencial al paciente

El bien jurídico a tutelar es el derecho a la vida y, basado en ello, aparece el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente.

Existen varias opiniones encaminadas a identificar si el paciente goza de la plena capacidad para conceder su consentimiento y hacer valer su voluntad, es necesario ponderar si las decisiones que tome el paciente se derivan de una falta o error sustancial en los conocimientos para tomar decisiones correctas de conformidad con sus intereses y si existe independencia mínima para que su manifestación de voluntad cuente con la libertad necesaria.

Siegler¹⁵⁵ destaca la exigencia “de la capacidad del paciente para escoger opciones” o sea, en el momento tener la facultad de discriminar y elegir y, para ello, deben tomarse en cuenta elementos como: la coherencia del paciente con su personalidad, lo que implica que sus decisiones sean proporcionales con su comportamiento; la edad que define su capacidad para representarse y, en consecuencia, el nivel de entendimiento de la información que se le brinda; el tipo de enfermedad que padece, y el contexto clínico que le rodea.

Beauchamp y Mc. Cullough¹⁵⁶ definen cuatro factores que diferencian a la autonomía, de la autonomía reducida:

1. El conocimiento suficiente en la toma de decisiones: se verificará cuando el paciente sea capaz de captar los hechos relevantes sobre su estado de salud, su diagnóstico y las posibilidades terapéuticas reales y, además cuando está capacitado para ordenar sus conocimientos con miras a tomar una decisión que proteja sus intereses y deseos legítimos y legales.
2. Comprensión e intencionalidad relacionada: será requisito investigar si el paciente es capaz de comprender cognitivamente la información que se le suministra —se brindará información en términos comprensibles— y las

¹⁵⁵ Mark Siegler, “Critical Illness: The Limits of Autonomy”, *The Hastings Center Report* (1977): 12-5.

¹⁵⁶ Tom Beauchamp y Laurence Mc. Cullough, *Ética médica, las responsabilidades morales de los médicos* (Barcelona: Edit. Labor, 1987), 135.

consecuencias de su estado de salud, sus posibilidades diagnósticas y terapéuticas.

Hay que tener presente que podrían aparecer factores que afecten al proceso de comprensión, como, por ejemplo, su inmadurez psicológica o de desarrollo, enfermedades psiquiátricas, procesos cerebrales orgánicos y hasta los efectos de algunos fármacos empleados.

3. No estar coaccionado internamente de forma determinante: no se pase por alto el dolor, el sufrimiento o el miedo, que son factores de presión en el paciente que podrían colocarlo en una situación total o parcial, temporal o definitiva, de coacción interna al momento de tomar sus decisiones.
4. No estar coaccionado externamente en forma determinante: tampoco debe haber perdido el paciente el control de sí mismo por fuerza de factores externos, como, por ejemplo, la autoridad del médico tratante que le obliga en algún sentido o la presión que suelen ejercer en ocasiones sus familiares.

En el contexto nacional, la Ley Orgánica de Salud advierte este derecho con su correlativo vínculo al derecho de estar *debidamente informado*. Es el paciente quien ejercerá su accionar volitivo de manera autónoma, que podrá ser verbal —será así por lo general— o escrito, y tomar así decisiones respecto de su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y la salud pública.¹⁵⁷

Otro derecho explícitamente dispuesto en la ley es que ninguna persona puede ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, sin su *consentimiento previo por escrito*, ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en el caso de urgencia o emergencia en que peligre su vida.¹⁵⁸

Ahora bien, se destaca el rol de los profesionales de la salud, los cuales, mediante la relación médico-paciente, contribuirán a que el enfermo tratado exprese libremente su voluntad y, para ello, suministrará las mejores condiciones a fin de que este pueda manifestar su voluntad en forma autónoma, teniendo como fundamento el respeto a la dignidad humana.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006, art. 7, lit. h.

¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 7, lat. l).

¹⁵⁹ Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, 374.

Algunos pacientes prefieren trasladar al médico la responsabilidad de tomar las decisiones relacionadas con su estado de salud. El paciente que posee información previa al decidir debe asumir con responsabilidad las consecuencias de su decisión. Ello resulta independiente de la opinión médica; por ende, resulta absurdo que los médicos y su grupo sean recriminados y responsabilizados tanto por no respetar su voluntad — cuando jurídicamente es relevante— como por acatarla.

Los profesionales de la medicina, para Castaño de Restrepo,¹⁶⁰ solo responden cuando se demuestra legalmente que han generado un daño al paciente causado por un acto imputable al profesional o a sus asistentes o por haber inobservado su deber objetivo de cuidado, sea por la aplicación de una mala praxis o el incumplimiento de la *lex artis*.

1.8. Los deberes profesionales del médico

Para comenzar, la AMM, que regula los deberes médicos, fue fundada en septiembre de 1947, días después del juicio de Nuremberg. Surge entonces por los abusos en la práctica de la medicina en los campos de concentración y las actividades de eutanasia en la Alemania Nazi.

Aunque la magnitud de lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial sea extrema, el mal uso del conocimiento médico sigue existiendo hoy en día en gran parte del mundo.

Existe una distinción clara entre la medicina para el beneficio de la persona y el abuso de esta ciencia. Sin embargo, los médicos pueden encontrarse en situaciones de difícil gestión, donde el Estado utiliza o tolera la tortura u otros tratos degradantes y, para ello, solicita o fuerza la colaboración de estos médicos en la atención a las víctimas.

Por otro lado, tienen la prohibición ética de realizar cualquier estudio o facilitar información o tratamiento que pueda llevar a una perpetuación de la tortura.

Por tanto, estas acciones implican la participación del médico en la tortura, lo cual no solo no es ético, sino que también promueve la aceptación de estos procedimientos, destruyendo la confianza de los pacientes en la medicina.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 326-81.

Para establecer deberes de carácter ético se aprueba el Código Internacional de Ética Médica¹⁶¹ en el año 1949, después de culminada la guerra. Para Andruet, durante su proceso de construcción se definen los deberes de los médicos en general.¹⁶²

Con el propósito de conocer los deberes médicos y sus obligaciones, es importante tomar en cuenta la Declaración de Ginebra, conocida como la nueva versión del Juramento Hipocrático,¹⁶³ la cual fue modificada tomando en cuenta las experiencias y los actos crueles e inhumanos perpetrados por algunos galenos durante la Segunda Guerra Mundial. Dicho documento ha tenido poca trascendencia pública y sus términos fueron reformados en los años 1968, 1983 y 1994 y, finalmente, se revisó entre los años 2005 y 2006. Esta última versión es de vital importancia, porque refleja la relación médico-paciente y recoge la autonomía de la voluntad del paciente, entre otros aspectos.¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibíd.*, 1.

¹⁶² Armando Andruet, *Bioética, derecho y sociedad, conflicto, ciencia y convivencia* (Córdoba: Alveroni Edic., 2004), 400; “El médico debe mantener siempre el más alto nivel de conducta profesional. El médico no debe permitir que motivos de ganancia influyan su ejercicio libre e independiente, de su juicio profesional de sus pacientes. El médico debe, en todos los tipos de práctica médica, dedicarse a proporcionar un servicio médico competente, con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana. El médico debe tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño. Las siguientes prácticas se consideran conducta no ética: la publicidad hecha por el médico a menos que esté autorizada por las leyes del país y el Código de Ética Médica de la asociación médica nacional. El pago o recibo de cualquier honorario u otro emolumento con el solo propósito de obtener un paciente o recetar, o enviar a un paciente a un establecimiento. El médico debe respetar los derechos del paciente, de los colegas y de los otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes. El médico debe actuar solo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente. El médico debe obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales. El médico debe certificar solo lo que él ha verificado personalmente”. Deberes médicos hacia los enfermos: “El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana. El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia. El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente. El médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención”. Deberes de los médicos entre sí: “El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él. El médico no debe atraer los pacientes de sus colegas. El médico debe observar los principios de la *Declaración de Ginebra* aprobada por la Asociación Médica Mundial”.

¹⁶³ Asociación Médica Mundial, *Declaración de Ginebra, nueva versión del Juramento Hipocrático* (Ginebra: AMM, 2006), 1.

¹⁶⁴ En el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica, se expone al nuevo profesional lo siguiente para su juramento y compromiso *per se*. Establece la dedicación del médico al servicio de la humanidad; cuidar de la salud y el bienestar del paciente; respetar su autonomía y dignidad; respetar la vida humana; no permitir que aspectos como la edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, filiación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor obstaculicen sus deberes con el paciente; guardar y respetar los secretos confiados por el paciente y su familia, aun después del fallecimiento del paciente, compartir sus conocimientos en beneficio del paciente y el avance de la salud; no usar sus conocimientos médicos para vulnerar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza, entre otros.

Otro de los documentos legales que establece los deberes del médico es la Declaración de Helsinki,¹⁶⁵ relacionada con la investigación médica en seres humanos, se adoptó en 1964 y ha sido objeto de enmienda en siete ocasiones. La última versión es del año 2013 y prevé, entre sus principales disposiciones, que la investigación médica responda a normas éticas que permitan promover el respeto a las personas, proteger su salud y sus derechos individuales. Igualmente, se reconoce que, a pesar de que el fin de la investigación médica es generar nuevos conocimientos, esta nunca será superior a los derechos y los intereses de la persona que es parte de la investigación. Asimismo, contempla el derecho del paciente a dar o no el *consentimiento informado* al respecto.

Relacionada con la analizada Declaración de Helsinki está la Declaración de Taipéi,¹⁶⁶ la cual hace diferencia de la primera porque regula el uso de las bases de datos de salud y biobancos no limitados al tratamiento individual, ni a la investigación. La mencionada Declaración resulta importante por las implicaciones que tiene para la salud buscar la curación de varias enfermedades y problemas médicos actuales.

La norma analizada reconoce el riesgo del abuso y mal empleo de dichas bases y reservas biológicas; además, declara la obligatoriedad por parte del equipo de salud de obrar éticamente con respecto a los donantes y beneficiarios, así como dispone la aplicación de altos estándares de seguridad y protección sobre las muestras. Tiene entre sus fines buscar la armonía entre los derechos de las personas relacionados con la confidencialidad y privacidad y el hecho de que la información de salud permite enriquecer el conocimiento.

La AMM,¹⁶⁷ sobre dicha declaración, expone que los mayores riesgos que presentan las bases de datos o biobancos no están precisamente en la ciencia, sino en el empleo que se le puede dar en el mundo comercial, administrativo o político.

Por otro lado, la Declaración de Tokio,¹⁶⁸ relacionada con las normas dirigidas a médicos para prevenir la tortura. Los profesionales de la salud, según su criterio, sirven a sus pacientes durante toda su vida para sanarlos, aliviar el sufrimiento o confortarlos, y no para dañarlos o causarles algún tipo de sufrimiento, actuando siempre en el respeto de los intereses del paciente. Esta responsabilidad está vigente siempre que el médico utilice su conocimiento en su interacción con el paciente.

¹⁶⁵ AMM, *Declaración de Helsinki* (Helsinki: AMM, 1964), 1.

¹⁶⁶ AMM, *Declaración de Taipei* (Taipei: AMM, 2016), 1.

¹⁶⁷ AMM, accedido 17 de febrero de 2019, <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-taipei>.

¹⁶⁸ AMM, *Declaración de Tokio* (Tokio: AMM, 1975), 1.

Con el propósito de complementar la información relacionada con los deberes médicos y sus obligaciones, y en consonancia con los instrumentos antes señalados, corresponde nada más observar el Código de Ética Médica¹⁶⁹ vigente en el país, que establece los deberes y derechos del médico para con los enfermos, derechos humanos, o referente a las juntas médicas, entre otros aspectos. Se destacan entre los deberes la responsabilidad de proporcionar al paciente los cuidados médicos necesarios para que pueda recuperar su salud, conservar la vida del enfermo, llevar la ficha clínica escrita por cada uno de sus pacientes y registrar la evolución de la enfermedad, respetar las creencias religiosas de los pacientes y no realizar ninguna intervención quirúrgica sin autorización del paciente, etc.

1.8.1. El hacer médico en consideración de la Ética

La Deontología es la parte de la Ética, trata de los deberes y principios que afectan a una profesión”.¹⁷⁰ En ese sentido, la *Deontología médica*, para Vargas¹⁷¹ es el grupo de principios y reglas de naturaleza ética que sirven de sustento y orientación a la conducta profesional del médico. Dentro de ellas se encuentran los deberes que deben cumplir los galenos en el ejercicio de su profesión, independientemente de la especialidad que desarrollen.

Por otro lado, y a efectos de tener un acercamiento conceptual, es importante definir la Bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto a que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”.¹⁷² Este concepto aporta a la comprensión de la conducta humana en campos específicos de las ciencias llamadas; de la vida, la biología y los cuidados de la salud, es decir la medicina.

La bioética nace de la ética médica, es un término bastante amplio, cuyas premisas están dadas en el progreso de la medicina y la tecnología en esta rama y las modificaciones producidas en los modelos de atención de la salud, lo que obligó a implementar una nueva visión de la Ética en dicha ciencia, y su basamento fundamental está en la relación médico-paciente.

¹⁶⁹ Ministerio de Salud Pública, *Código de Ética Médica* (Quito: Ministerio de Salud, 1992), arts. 6-24.

¹⁷⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: S.L.U. Espasa Libros, 2014), 221.

¹⁷¹ Eduardo Vargas, *Medicina forense y deontología médica, ciencias forenses para médicos y abogados* (Ciudad de México: Trillas, 1991), 841.

¹⁷² W. T. Reich, *Encyclopedia of Bioethics I* (Nueva York: The free Press, 1978), 26.

Tomando en cuenta estos antecedentes, existen en el campo médico varios principios *deontológicos o éticos* soportados por la llamada *Teoría de los principios*¹⁷³ o *Principialismo*,¹⁷⁴ que incluye un sistema ético compatible con la mayoría de los sistemas de valores de diferentes tipos, como religiosos, éticos o culturales, sustentados en un carácter pluralista y de gran aceptación. Dicha teoría fue desarrollada por los filósofos Tom L. Beauchamp y James Childress y se basa en cuatro principios:

- a) **Autonomía:** basado en que se reconoce a las personas como actores sociales con capacidad para tomar decisiones propias, fundamentadas en la información sobre los procedimientos a los que se va a someter, su objetivo, posibles riesgos y beneficios, así como las alternativas médicas que existen para el caso. Los pacientes podrán plantear los interrogantes que deseen sobre los procedimientos y tienen la posibilidad de abandonarlos en cualquier momento. De dicho principio se deriva el empleo del consentimiento informado.
- b) **Beneficencia:** Las investigaciones que se lleven a cabo deben estar dirigidas al beneficio de los participantes o de los futuros pacientes.
- c) **No Maleficencia:** Se relaciona con la necesidad de minimizar los posibles daños a los participantes en las investigaciones o a los pacientes.
- d) **Justicia:** Sustentado en que deben distribuirse los bienes y servicios para brindar el mejor cuidado de la salud acorde a las necesidades y promover el interés público.

Se debe señalar que, para Ávila,¹⁷⁵ los principios mencionados no son absolutos. De hecho, se pueden presentar dilemas éticos, como, por ejemplo: las vacunas son obligatorias, pero, si ejerce fuerza o se obliga al paciente a vacunarse, se vulnera el principio de autonomía y, en caso de no hacerlo, se transgrede el de beneficencia. Esta teoría presenta algunas dificultades relacionadas con la ética y la carencia de un modelo de justificación definido para resolver conflictos entre los principios, pero, en la praxis, ha resultado importante y constituye un instrumento para deliberar y llegar a consensos en la toma de decisiones ante situaciones éticas que se presentan en el mundo de la salud.

¹⁷³ Instituto de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán, accedido 22 de febrero de 2019, <https://www.incmnsz.mx/opencms>.

¹⁷⁴ En <https://es.scribd.com/doc/81349192/Que-es-el-principialismo>. El principialismo es una teoría de la bioética que postula la existencia de cuatro principios que servirían de marco para el análisis de los problemas morales que pueda plantear la práctica de las profesiones sanitarias y la investigación con seres humanos.

¹⁷⁵ José Alberto Ávila, *¿Cuáles son los principios éticos utilizados en la medicina?*, accedido el 12 de febrero de 2019, <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/principialismo.html>.

Actualmente, se busca una Ética que organice el conjunto de conocimientos para el bien de las personas.¹⁷⁶ La comunidad científica ha ido cambiando su postura desde la negación de todo tipo de metafísica y la consecuente imposibilidad de aceptar cualquier forma de referencia a una ética.¹⁷⁷

Hasta la aceptación de un principio antrópico es necesario que algún sistema de derechos determine el rumbo a seguir; pero es la dinámica de la ciencia la que exige asumir determinado principio de responsabilidad.¹⁷⁸ De aquí cabe la pregunta, *¿existió alguna vez una propuesta para vincular el bien con la verdad?*

En el mismo sentido del interrogante, se debe decir que, a través de la Historia, han existido filósofos del pensamiento clásico como Aristóteles, quien, en su obra *Ética a Nicómano*,¹⁷⁹ analiza la necesidad y la propuesta de organizar el tema de la ética, que resulta de gran valor en el ámbito de la medicina. Lo mismo ocurrió con Tomás de Aquino, quien aporta nuevas ideas integrándolas equilibradamente en las diferentes corrientes de pensamiento que constituyen la fuente en su búsqueda de la realidad o verdad objetiva.¹⁸⁰

Las ideas y pensamientos sobre la ética se modifican a la par que la sociedad y la medicina, en relación con la responsabilidad. Al respecto, Hans Jonas, en su libro el

¹⁷⁶ Rubén Revello, *Bioética: La verdad que busca el bien* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 67.

¹⁷⁷ Círculo de Viena a principios del siglo XX. Movimiento filósofo y científico fundado en 1921 por Moritz Schlick en Viena (Austria). Denominado como Círculo de Viena para la concepción científica del mundo, este organismo se encargaba de estudiar la lógica que existía dentro de la ciencia, creando un léxico común dentro de todas las ciencias basado, principalmente, en la física. Además de ello se consideraba a la filosofía como una herramienta para diferenciar entre lo que era considerado como ciencia y lo que no; accedido 12 de febrero, <http://conceptodefinicion.de/circulo-de-viena>.

¹⁷⁸ Cfr. Jonas H, en *ibid.* 192.

¹⁷⁹ Obra de Aristóteles escrita en el siglo IV a. C. Este libro no fue escrito para su hijo Nicómaco como se cree. Recibió su nombre ya que fue Nicómaco quien recopiló y organizó los escritos de Aristóteles sobre la virtud y la ética, la cual se la llamara posteriormente “Ética aristotélica”. Contiene diez libros basados en sus charlas en el Liceo. Es un análisis de la relación del carácter y la inteligencia con la felicidad. Es una de las dos obras fundamentales en que posteriormente se basó la Ética occidental, siendo la otra el mensaje bíblico judeocristiano, es decir, la Biblia. La “Ética a Nicómaco” de Aristóteles es el primer tratado sistemático sobre la ética. Platón había escrito *Protágoras*, un diálogo sobre la virtud, y varias de sus otras obras contemplan la felicidad y la ética también, pero ninguna sistemáticamente. Otros filósofos contemporáneos a Aristóteles se mencionan en la obra, como Espeusipo y Eudoxio, de quien Aristóteles toma su definición de bien; accedido 1 de febrero de 2019 en <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/nicomano.htm>.

¹⁸⁰ CF. Juan Pablo II: Carta encíclica *Fides et ratio*, 14 de setiembre de 1998, AAS 91 (1998) n. 43: “Un puesto singular en este largo camino corresponde a santo Tomás, no solo por el contenido de su doctrina, sino también por la relación diagonal que supo establecer con el pensamiento árabe y hebreo de su tiempo. En una época en la que los pensadores cristianos descubrieron los tesoros de la filosofía antigua, y más concretamente aristotélica, tuvo el gran mérito de destacar la armonía que existe entre la razón y la fe. Argumentaba que la luz de la razón y la luz de la fe proceden ambas de Dios; por lo tanto, no pueden contradecirse entre sí”, en *ibid.*, 192, 68.

Principio de la responsabilidad,¹⁸¹ evidencia que a lo largo de la historia han existido exigencias hacia el ser humano para asumir solidariamente tanto la responsabilidad como las consecuencias y aquellas acciones colectivas que aparecen en el campo de la medicina y que están sujetas a realizar una determinada actuación, tomar una decisión. Se analiza que ello aparece incluso en su normatividad y se trata de consecuencias de carácter irreversible, que pueden producir alteraciones en la condición humana, lo que los hace responsables ante futuras generaciones.¹⁸²

Estas nuevas responsabilidades pueden entenderse como las propias de un interés moral post convencional en el sentido, desarrollado por Kolberg,¹⁸³ que traspasa la responsabilidad imputable a los individuos en el marco de las instituciones propias del Estado moderno, cuya referencia son los roles profesionales con sus correspondientes controles y sanciones.

Las responsabilidades convencionales de carácter individual son eliminadas o se pierden en una corresponsabilidad anónima; no es posible la apelación a la responsabilidad de tipo social porque, cualquiera que sea el grado de extensión de la comunidad que comprenda, puede hacerse sosteniendo la responsabilidad inicial, pues solo tras haber reconocido su papel esencial se puede ver lo poco razonable y limitado que es confiarle todo a ella.

Si la interpretación es correcta, lo que sugiere el principio de la responsabilidad, según Jonas, es que la responsabilidad inicial quede envuelta en una exigencia mayor de previsión de consecuencias de las acciones por parte de quienes más saben al

¹⁸¹ Jonas Hans: *El principio de la responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Barcelona: Herder, 1995); Luis Guillermo Blanco, comp., *Bioética y bioderecho cuestiones actuales* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002), 22.

¹⁸² *Ibid.*, 22: “Los principales argumentos de Jonas: El principio. ... cit., 204 para fundamentar la necesidad de poner en el centro de la ética —y de la política— el principio de la responsabilidad, se basan en la profunda transformación de la naturaleza misma de la acción humana por obra de la tecnociencia, con lo cual el contenido y el alcance del obrar adquiere también una dimensión nunca antes conocida”.

¹⁸³ Lawrence Kohlberg, “Moral Stages and Moralization: The Cognitive Developmental Approach”, en *Moral Development and Behavior: Theory Research and Social Issues* (Nueva York: Holt, Reinhard and Winston, 1976), 34-5. Establece tres niveles de desarrollo psicomoral según la relación entre el yo y las reglas morales: un nivel “preconvencional”, en el que las reglas y expectativas sociales resultan externas y, por tanto, no son comprendidas como tales; un nivel “convencional”, en el que el individuo se somete a las reglas, expectativas y convenciones de la sociedad y las defiende porque son tales; y un nivel “posconvencional”, en el que el individuo adopta la perspectiva racional de los principios universales de justicia: Igualdad de los derechos Humanos y respeto por la dignidad de los seres humanos como individuos. A diferencia de lo que sucede en el nivel convencional, las leyes y los acuerdos sociales son válidos en la medida en que se apoyan en tales principios, pero cuando los violan, el sujeto que ha alcanzado este grado de desarrollo moral cuestiona las normas de su sociedad desde principios universales de humanidad.

respecto, los expertos científicos, así como quienes tienen mayor poder de decisión política y jurídica en la materia.¹⁸⁴

Dicha previsión de consecuencias, según Apel,¹⁸⁵ no es exclusivamente un asunto de cálculo racional, sino que es necesario una nueva clase de *humildad* provocada por un estado defectivo de las capacidades modificadoras del ser humano, por la amplia dimensión de la capacidad de hacer, sobre la capacidad de proveer y sobre la capacidad de valorar y juzgar. Ante ello, Jonas recomienda una moderación razonable, que es lo mejor tras la posesión de la sabiduría.¹⁸⁶

En el terreno de la bioética, el análisis del significado de la necesidad de superación del sentido convencional de la responsabilidad consigue un carácter eminentemente prioritario. El desarrollo de esta disciplina no se entiende si no se toman en cuenta las modificaciones ocurridas en los últimos tiempos hacia el interior de la praxis médica, por las que la bioética es algo más que la *Deontología médica* transformada; constituye una propuesta de metamorfosis total de la relación sanitaria, encontrándose en proporción con el principio universal basado en el respeto a la dignidad de las personas, y ello se materializa al incorporar al paciente en la toma de decisiones con respecto a su diagnóstico, terapias según sus valores y proyecto de vida, aspectos medulares dentro de la disciplina.

Actualmente, la bioética ha dado lugar a la creación de un programa de ética cívica que se relaciona directamente con el desarrollo moral tanto de los seres humanos como de la sociedad, así también un *chance deliberativo* sobre los fines mismos de la vida humana vinculada con la puesta en crisis, formulada en términos de principios como autonomía y justicia.

1.9. Transición de paradigmas en la atención médica

Como colofón de este gran compendio de derechos es la sensación y certeza de que la atención médica se modifica de acuerdo con el desarrollo de los tratamientos aplicados en la atención de la salud.

La actividad científica ordinaria regida por determinados patrones exige enriquecer y ampliar el conocimiento de aquellos hechos que el modelo reconoce de gran relevancia e irlos perfeccionando para que sean cada vez mejores. Ello exige

¹⁸⁴ Karl Apel Otto, *La ética del discurso como ética de corresponsabilidad por las actividades colectivas* (Buenos Aires: Asociación Argentina de Investigaciones Éticas, 1995), 9-30.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, 198.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

resolver y delimitar problemas relacionados con los conceptos que han existido hasta ese momento sobre determinado particular.

La ciencia en su desarrollo histórico ha demostrado que, en determinados períodos clave, la comunidad científica percibe que la naturaleza se resiste a ser totalmente encuadrada en los marcos de un modelo determinado, lo que genera la presencia de anomalías. Esto ha llevado a querer adoptar una teoría determinada, pero, en virtud de la naturaleza de las anomalías, este cambio o adaptación es imposible lograrlo de inmediato, ni con un mero ajuste; es necesario cambiar la visión sobre el asunto y darse cuenta de que las denominadas anomalías no son tales, sino nuevos hechos de carácter científico.

Estas permutas son necesarias cuando las anomalías penetran en las diferentes áreas de la ciencia, colocándolas en estado de crisis. Por tanto, se debe responder a ello con un nuevo paradigma alternativo siempre que sea aceptado y adoptado por la comunidad científica.

Este proceso de tránsito de un paradigma en crisis hacia uno novedoso trae consigo reconstruir el dominio de los hechos, así como de los métodos y aplicaciones empleados hasta ese momento. Por ello, no tiene sentido pensarlo como acumulativo o como una ampliación o corrección del antiguo paradigma.¹⁸⁷

Cuando se acepta el nuevo paradigma, ocurren cambios en varios aspectos, como su concepto y formas de aplicación, entre otros elementos, produciéndose una ruptura de lo viejo por lo nuevo.

La salud no es ajena a estas mutaciones científico-culturales, solo que esta es una disciplina compleja integrada por varias especialidades. Por ello, cualquier cambio debe estar sujeto a lo relacionado con el paradigma biomédico en el sentido de que sea aceptado y compartido por los integrantes de dicha comunidad.

Lo relacionado con el paradigma biomédico y el modelo de diagnóstico está relacionado con la práctica médica tradicional, que incluye: el orden de las ciencias de la salud, el del ejercicio profesional y el de la sanidad u organización pública de la salud. Aspectos que se traducen en determinar la enfermedad, sus causas y en diseñar un tratamiento o respuesta de tipo tecnológico para eliminarla.

La medicina actual posee altos niveles de tecnificación, lo que ha conducido hacia un nuevo paradigma tanto del médico como del personal que forma parte del grupo

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 433.

sanitario que interviene en todo el proceso. Los conceptos sobre la figura del médico cambiaron dejando atrás el paternalismo y al profesional individualista, intuitivo y con ciertas habilidades para abrir sus puertas al médico que basa su labor en lo técnico, en lo científico, que interpreta y analiza datos para tener una visión holística de su paciente y que complementa su trabajo, según Romero,¹⁸⁸ con ciencias como la Biología molecular, Bioquímica, Biofísica, Farmacología, Informática, entre otras.

La medicina amplió su radio de acción, empleando cada vez, medios y procedimientos de mayor precisión y eficacia. Los tratamientos que se aplican a los pacientes y aquellos exámenes que constituyen el sustento del diagnóstico previo de la enfermedad son revisado por varios profesionales especializados, respondiendo estos parcialmente por el paciente en cada una de las etapas que le corresponde.

Las profesiones médicas, se tornan cada vez más complejas e interdependientes, puesto que se cuentan con instrumentos y medios más eficaces, pero más agresivos para el organismo humano, que influyen en la psiquis del paciente, y pueden traer consigo la aplicación de tratamientos que provoquen determinados riesgos y efectos secundarios, los cuales son identificados en la terminología médica como *iatrogenia*,¹⁸⁹ figura que posee relevancia en el Derecho.

Ahora, resulta necesario apuntar que la justicia, vista desde la antigüedad, tiene su fundamento en que es *expresión de la voluntad divina* o el azar y, por consiguiente, cada cual recibe lo que por su naturaleza le corresponde; la salud es constitutiva de ese orden y la justicia se entiende como ajustamiento, como acomodo.

Lo justo sería que se mantenga o restituya el orden natural de las cosas, tal como lo expresa Platón en la República.¹⁹⁰ A la Ética tradicional surgida de este concepto

¹⁸⁸ Carlos María Romero Casabona, *El médico y el derecho penal. Los problemas penales actuales de la biomedicina* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2011), 245.

¹⁸⁹ ¿Qué es la iatrogenia? Se trata del daño causado a un paciente derivado de un procedimiento médico o quirúrgico. El principal objetivo de este estudio era concienciar sobre este hecho que se da frecuentemente en el mundo sanitario y que, en muchas ocasiones, se trata como un tema tabú de la medicina. Puede ser por vergüenza, o por miedo a posibles represalias. Según los expertos, la iatrogenia está muy estigmatizada. No solo los profesionales tienen miedo de hablar de ella en su círculo laboral, sino que hay muy pocos estudios e investigaciones en España que toquen este tema. Las principales causas de este fenómeno se encuentran en los errores derivados de decisiones que se deberían haber tomado y no se tomaron, por decisiones incorrectas del personal sanitario, por el exceso de medicación, por los efectos secundarios de algunos tratamientos, por las actividades de rehabilitación y por la falta de recursos materiales y económicos del Sistema Nacional de Salud. Esto no solo perjudica a los pacientes, sino que también se traduce en grandes pérdidas económicas en sanidad. Por esta razón, Serafín Romero, presidente de la Organización Médica Colegial (OMC), subraya la necesidad de que haya un baremo de indemnizaciones regulado. www.enfermeria21.com/diario-dicen/iatrogenia-un-tabu-en-el-campo-sanitario-DDIMPORT-052430.

¹⁹⁰ Patricia Sorokin, *Bioética entre utopías y desarraigos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002), 89.

ideológico le fue suficiente apelar a dos principios rectores resumidos en la sentencia hipocrática: hacer el bien o, al menos, no hacer daño —beneficencia y no maleficencia— para dar respuesta a los interrogantes que por el fundamento moral de las acciones médicas surgieran en la práctica profesional.

Antiguamente, la medicina fue vista como una cuestión de índole privada, en la que el Estado no debía intervenir; los lugares destinados a la atención de salud en la antigüedad y la Edad Media se relacionaron con el deber moral de la beneficencia, de la caridad.

Los Estados modernos dieron un giro al respecto, al establecer mecanismos de control para asegurar la práctica profesional de la medicina y junto con ello se dieron cambios tecnológicos y organizativos que incrementaron la calidad de los servicios de salud desde el punto de vista ético y científico-técnico.

En el ámbito de la salud, la Teoría de la justicia de John Rawls¹⁹¹ resulta aplicable teniendo en cuenta que se relacionó la justicia con la equidad, vista esta última como el equilibrio entre liberalismo e igualitarismo, y que los derechos negativos y positivos constituyen bienes *sociales primarios*.¹⁹²

En consecuencia, el derecho a la asistencia sanitaria se consideró un bien devenido del principio de *igualdad de oportunidades* que requeriría de la definición de las necesidades sanitarias por parte de la sociedad.

Por su parte, la rivalidad entre el socialismo real y la sociedad de bienestar socialdemócratas como alternativas de desarrollo, estuvo presente en la posguerra en Europa y dio lugar a la ampliación de las posibilidades de acceso de la población a los servicios de salud.

La tecnología de punta, introducida en clínicas y hospitales, está en constante progreso, lo que ha traído como consecuencia el encarecimiento de los costos de la asistencia médica, tanto en el sector público como en el privado.

Existe un momento importante dentro de la transición y es el derrumbe del socialismo, ocurrido en los años 90 del siglo XX. Ello trajo como consecuencia la denominada *crisis de las izquierdas*, que dio lugar a la apertura al neoliberalismo económico y a la promoción de una reforma sanitaria basada en criterios utilitaristas y el aumento de la privatización de los servicios y la aplicación de la gestión empresarial

¹⁹¹ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 2006), 279.

¹⁹² *Ibíd.*

a la atención de salud en detrimento de la atención primaria, todo esto incidió tanto en el aumento de los niveles de pobreza como de las desigualdades sociales.

La preocupación por la calidad y eficiencia de la gestión en el ámbito de la salud, si bien no es un fenómeno nuevo, en los últimos años ha adquirido una característica particular en la medida en que se incorporan cada vez con más fuerza criterios económicos como parte de los indicadores que sirven a la evaluación de resultados de la misma, favoreciendo la instauración de un nuevo paradigma de gerencia sanitaria que rebasa el sector privado y se extiende también al público.

La mayor parte de los conflictos éticos de las relaciones sanitarias, se vinculan tanto a procesos de comunicación como a la ignorancia de los sistemas de valores predominantes, por lo que se constituye en deber de justicia que brinda aquello que realmente el usuario necesita y espera tanto desde el punto de vista de la información como del factor afectivo que debe primar en los procesos de salud, como elemento consustancial al de la calidad de la atención de salud.

Lo correcto en materia de salud es el bienestar de todos y no solo el de un segmento de la población, incluso aunque esta parte fuera la mayoría; lo que puede resultar eficiente para la generalidad, no necesariamente lo es desde el orden individual. Por tanto, es elemental dentro de la calidad de la atención médica, la eficiencia y oportunidad de las acciones que se llevan a cabo, llegando a ser más importante incluso que su eficiencia.

Sin una consideración adecuada y correcta del rol de los valores implícitos en las relaciones sanitarias y su expresión en los procesos de comunicación es imposible lograr la calidad del servicio y cumplir con el principio de justicia en el orden social.

Capítulo primero

El factor relacional: La sustancia daño y la responsabilidad médica

1. Daños: consideraciones preliminares

Un principio cardinal dentro de la teoría del derecho de daños es el *alterum non laedere*, expresión que significa el *deber de no dañar a nadie* y que fue consagrada por Ulpiano como uno de los tres *iuris praecepta*.¹⁹³

En el interior de este aforismo se puede ver el empleo del *laedere* en vez de *damnare*, cuyo vocablo significa dañar.

Por lo que podría haber sido *alterum non damnare*, pero se mantuvo *laedere*. Por su lado, la palabra *damnum*, según Di Pietro,¹⁹⁴ proviene del indoeuropeo *da* o *dé*, que se traduce en cortar, dividir, cuyas acciones representan separación, disminución lo que se vincula en el ámbito jurídico con la idea de causar la mínima afectación. El *laedere* representa el enfrentamiento de las partes por tener un interés contrapuesto y lo que se espera durante el proceso legal es el restablecimiento de la justicia y de sus intereses a un nivel óptimo.

Desde el surgimiento de la humanidad, el acto de afectar, dañar a otra persona se considera injusto. Se plantea por Cerutti¹⁹⁵ que dentro del derecho de daños lo fundamental es repararlo tomando en cuenta la injusticia que representa para la persona afectada.

El contexto expuesto se relaciona con el estado de naturaleza, en el que, para Locke,¹⁹⁶ la ley natural regía a todos, unida a la razón que requiere que ningún hombre al ser igual a otra sufra de determinado daño a su libertad, a la vida etc. Por tanto, cada hombre posee el derecho de sancionar a quien le ofenda o cause un daño y de ejecutar dicha ley natural y, dicho derecho de castigar lo comparte con otros hombres buscando que la afectación causada sea reparada.

¹⁹³ *Tria iuris praecepta*. Se trata de tres preceptos o postulados del derecho que formuló, en el siglo III, el jurista Ulpiano, natural de Tiro (Fenicia): *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; lo que significa: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo que le corresponde.

¹⁹⁴ Alfredo Di Pietro, "Sobre el principio 'alterum non laedere'", accedido 10 de marzo de 2019, <https://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 292.

¹⁹⁶ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Buenos Aires: Alianza, 1990), 40.

Sobre ello se expone que, en cambio, quien comete una culpa *in contrahendo* o *precontractual* vulnera el deber general de actuar con prudencia y diligencia a fin de evitar el mal ajeno, que deriva de la exigencia de derecho natural *alterum non laedere*.¹⁹⁷

Igualmente, dentro de las concepciones tradicionales del derecho se plantea que para gozar del derecho a exigir la reparación el daño, debe haberse causado una afectación a un derecho subjetivo o a un interés que esté jurídicamente protegido. Al respecto, Garzón¹⁹⁸ afirma que la definición de daño posee una connotación moral que presupone que se determine previamente lo que es digno de protección.

El principio *alterum non laedere* se reconoce en el mencionado art. 2214 del Código Civil ecuatoriano: “El que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan otras leyes por el delito o cuasidelito”.¹⁹⁹

En efecto, como hemos adelantado, no cabe duda de que la más importante de las normas que rigen el devenir de los comportamientos humanos es ya desde tiempos inmemoriales la máxima de no causar daño a los demás. La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica, lo que sería, el autor de un daño está sujeto a responsabilidad, si bien el problema, en la práctica forense, es cómo se proyecta esta responsabilidad, en la obligación de indemnizar para reparar los perjuicios causados. Desde luego, con los textos legales que tenemos, no es lo mismo, al menos en cuanto al plazo de la acción, pretender reclamar al médico por la vulneración de las exigencias previstas en el contrato que recurrir al régimen de responsabilidad extracontractual.²⁰⁰

Se debe apuntar que la persona como ser social constituye el centro de la sociedad y, por tanto, es sujeto de deberes y derechos y, entre los primeros, está la obligación de responder por los perjuicios que ocasione por daños o, al contrario, exigir la reparación y resarcimiento de cualquier afectación de la que sea objeto.

¹⁹⁷ Jorge Lambías, *Tratado de derecho civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978), 89.

¹⁹⁸ Ernesto Garzón Valdés, “El enunciado de responsabilidad”, *Doxa 19: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1996): 261.

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

²⁰⁰ Domingo Bello Janiero. *La responsabilidad médica* (Bogotá: Temis, 2015), 21.

Ante una ofensa o daño que muchas veces es involuntario, se busca compensarlo mediante una disculpa, negociación o compensación en dependencia del grado de la ofensa o perjuicio causado.²⁰¹

La obligación derivada de un acto ilícito es una forma de obligación extracontractual. No nace por la voluntad del obligado, sino por disposición de la ley en vista de la naturaleza del acto y de sus efectos respecto de terceros por los cuales cae el resarcimiento.²⁰²

El acto ilícito es unilateral, ordinariamente humano, origina el daño a otro y genera una responsabilidad. La ilicitud del acto existe por constituir una injusticia, que se materializa en el resultado dañoso.

Si el hecho ocurrido pasa inadvertido no trasciende al ámbito jurídico, mientras que, si el daño se imputa por la carga de una responsabilidad jurídica, según Tella, es la norma la que determinará la condena y los procedimientos de resarcimiento pertinentes.²⁰³

El principio *alterum non laedere* está referido a mutar el estado de determinado derecho en deterioro del mismo, tomando en cuenta que legalmente el Derecho brinda protección a las personas que han sido afectadas por un daño y obliga a quien causó la lesión a restituir y/o reparar a la víctima por el detrimento que ocasionó.

A dicha obligación, según Narváez,²⁰⁴ se le denomina también sanción resarcitoria, que surge para quien provocó el daño ya sea en la persona o en los bienes. Por tanto, debe asumir la responsabilidad civil correspondiente, que difiere de la penal por su naturaleza de que son actos punibles, cuyas conductas deben estar tipificadas en la norma de dicha materia. Por otro lado, la obligación de responder ante el daño está vinculado al principio universal de justicia, que busca la restitución del patrimonio del afectado a su situación original.

Conforme a los principios explicados cuando tratamos acerca de las formas de responsabilidad y deslindamos la civil de la penal, podemos decir ahora que un hecho

²⁰¹ Del Evangelio según San Mateo 5: 38-42. “En aquel tiempo, dijo Jesús a sus discípulos: Habéis oído que se dijo: Ojo por ojo y diente por diente. Pues yo os digo: no resistáis al mal; antes bien, al que te abofetee en la mejilla derecha ofrécele también la otra: al que quiera pleitear contigo para quitarte la túnica déjale también el manto; y al que te obligue a andar una milla vete con él dos. A quien te pida da, y al que desee que le prestes algo no le vuelvas la espalda”.

²⁰² Gil Barragán Romero, *Elementos del daño moral: Responsabilidad delictual y cuasidelictual* (Guayaquil: Edino, 1995), 41.

²⁰³ Tella María José, “¿Y si no castigamos?”, 63.

²⁰⁴ María José Narváez Álvarez, “La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del código civil ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 29.

ilícito puede ser delito penal puro, sin un perjuicio civil indemnizable; un delito penal que es también ilícito civil, y un delito civil puro, que es aquél que solo genera la obligación de indemnizar.

El Código Civil declara el principio de responsabilidad, en su art. 2256, que dice: “Por regla general todo daño que pudiera imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”.²⁰⁵

El daño imputable a la malicia es delito y el que se debe a negligencia, cuasidelito.

Delito es la acción u omisión dañosa que hemos mencionado. En la doctrina jurídica, como también acabamos de expresar, hay delitos civiles y penales, aunque un mismo hecho puede tener las dos calidades y diferenciarse únicamente en las consecuencias. Al derecho resarcitorio le interesan los delitos en cuanto tienen consecuencias civiles.

El cuasidelito, como lo describe Escriche, es la acción ilícita que causa daño a otro, que se ha hecho sin intención de dañar; o todo acto que se causa mal a otro por descuido, imprudencia o impericia.

Siendo igualmente el delito y el cuasidelito hechos ilícitos, en el delito hay intención de dañar y en el cuasidelito no la hay. Insistimos en estas características del delito penal y del civil, así como en sus diferencias, para comprender mejor las responsabilidades que les son inherentes.

El delito penal es típico, el civil no lo es; la lesión que provocan afecta a bienes jurídicamente protegidos de distinta índole; la acción para perseguirlos tiene distinto titular; el fundamento de la responsabilidad es el mismo.

Es típico porque el hecho que lo constituye debe estar descrito como infracción en la ley de la materia. En cambio, el legislador ecuatoriano no ha descrito las características del delito civil, de manera que, aunque este pueda ser el mismo delito penal, también lo es cualquier acción dolosa con la que una persona perjudica intencionalmente el derecho de otra.

En el delito penal hay violación del derecho público, pues afecta a la sociedad en general; en el civil se atenta en contra de un interés privado, el del perjudicado.

²⁰⁵ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

La acción para perseguir el delito penal y reprimirlo está a cargo del Estado, aunque también puede ejercerlo el perjudicado. La acción civil reparatoria corresponde únicamente a la víctima en su persona.

Las responsabilidades delictual y cuasi delictual civil, debidas al dolo y la culpa, tienen entre sí diferencias que resultan intrascendentes para los efectos indemnizatorios. Ellas se difuminan en un mismo hecho que puede ser delito o cuasidelito, pero su efecto es igual. En cualquier caso, para lo civil, por ejemplo, un homicidio puede ser causado por dolo o imprudencia, pero haya culpa intencional o negligencia culpable la obligación nace por el daño causado, ya que en cualquiera de los dos casos se debe una reparación teóricamente adecuada al daño y no a la culpa.

Estos principios aplicados al ámbito de la salud imponen que ante un hecho dañoso que vulnera el derecho a la integridad y, en consecuencia, el derecho a la salud, debe reconocerse su aplicación y procedencia, ante ello es necesario primero identificar si el resarcimiento de los daños es el instrumento jurídico adecuado para satisfacer en justicia a los pacientes que sufren un resultado negativo producido por el acto médico y, segundo coincidir con los mecanismos más idóneos para configurar y asignar la responsabilidad a quién debe responder ante la víctima.

En la actividad médica, la obligación de cumplir con estos axiomas es improrrogable, dadas tanto las particularidades de los hechos como las características del paciente. Por esta razón, se establece la importancia del estudio por parte del juzgador de las particularidades de cada caso y de procedimientos propios de la responsabilidad en esta materia.

Las personas al interactuar están en permanente riesgo de incurrir en responsabilidad y ante ello tienen que indemnizar por el daño provocado; de esta manera, se ratifica que el daño constituye un elemento que determina y sustenta la responsabilidad.

La responsabilidad, para Sanz,²⁰⁶ debe estar reconocida en el ordenamiento jurídico basado en los postulados de Kelsen de que deben existir disposiciones dentro de él que establezcan una sanción, que en la mayoría de los casos trae implícita la obligación de responder legalmente por los daños que se provoquen y, a su vez, individualizar al responsable de estos.

²⁰⁶ Abraham Sanz, "El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4 (2000): 26.

Kelsen alude a la existencia de dos tipos de responsabilidad: subjetiva y objetiva. La primera, cuya base está en la conducta, siendo la culpa del autor la conducta para la imputabilidad de la responsabilidad;²⁰⁷ ello implica la necesidad de realizar un análisis y evaluación de las acciones u omisiones en que incurrió el sujeto o agente y del grado de culpa para poder determinar de forma correcta la responsabilidad.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva se relaciona, según Fernández,²⁰⁸ con la responsabilidad por el riesgo creado y trae consigo que cualquier situación que ocurra nacida de su propia naturaleza y que pueda dar lugar a un riesgo determinado para un tercero posee un carácter objetivo. En este supuesto el mero hecho de encontrarse en dicha situación riesgosa implica ser responsable y, por tanto, se debe reparar el daño causado.

La responsabilidad vista desde un sentido amplio es, para este autor,²⁰⁹ aquella capacidad que posee un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de los actos que ha cometido de manera consciente y libre.

Igualmente, para Lanz,²¹⁰ constituye una respuesta del sujeto ante la infracción o por el incumplimiento de su deber preceptuado en una norma jurídica, ya sea de forma voluntaria o involuntariamente, por aquellos actos u omisiones por los cuales amerita la imposición de una sanción y, en consecuencia, el resarcimiento.

Debemos apuntar que muchas veces la responsabilidad se confunde con la culpa y la imputabilidad; por ello debe quedar claro que esta es la situación en la que se encuentra una persona imputable que tiene la obligación de dar cuenta y responder ante la sociedad por sus actos. Legalmente son responsables aquellos que tienen la obligación de responder por una acción u omisión. La responsabilidad puede ser penal, civil, administrativa, social, profesional, entre otras.

La culpa, en general, consiste, bien en la omisión voluntaria, pero realizada sin malicia de la diligencia en las relaciones humanas, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho y no querido —culpa extracontractual o *aquiliana*— bien la acción u omisión voluntaria, asimismo realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación —culpa contractual—. La primera

²⁰⁷ Antonio Fernández, “El concepto de responsabilidad”, en *Homenaje al Maestro José Barroso Figueroa*, coords., Jorge Domínguez y José Sánchez (Ciudad México: UNAM-III, 2014), 95.

²⁰⁸ *Ibíd.*, 96.

²⁰⁹ Jorge Fernández Ruíz, *Derecho administrativo* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 1997), 165.

²¹⁰ José Trinidad Lanz Cárdenas, *Las responsabilidades en el servicio público* (Ciudad de México: INAP-Cámara de Diputados, 2006), 14.

representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico común a todas las personas de *alterum non ledere*²¹¹ y la segunda presupone una relación preexistente, generalmente un contrato —de ahí su calificación de contractual— entre el autor del daño y del mismo.

La culpa es definida, por la casi generalidad de la doctrina, siguiendo el precepto legal de referencia, como la omisión de la debida diligencia basándola en la ausencia de la obligación de incumplir o transgredir la obligación.²¹²

Para calificar de culposa una conducta no solamente habrá que atenerse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino al sector de la vida social en que tal conducta se proyecte y al riesgo que implique y su previsibilidad en evitar la vulneración de la norma genérica de no dañar a nadie que impone no solo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también los que la prudencia imponga para prevenir y evitar los daños.

El Código Civil ecuatoriano sigue dividiendo la culpa en grave, leve y levísima. En el caso se tiene además el principio de la diligencia exigible, la que corresponde a un buen padre de familia y siendo este de concepción indeterminada o abstracta hemos de preguntarnos si la diligencia exigible al médico es la del hombre-medio cuidadoso o la propia de un verdadero profesional de la actividad.

Es evidente que se trata de esta segunda acepción, por cuanto es una obligación concreta que nada tiene que ver con la conducta habitual del ciudadano sin estas especificidades propias del profesional médico.

Esta particular diligencia exigida al médico en el cumplimiento de sus obligaciones debe medirse por la conducta de un especialista medio perteneciente a categoría profesional.

De ahí que deba hablarse de un buen médico, puesto que el cumplimiento médico exige el conocimiento y puesta en práctica de deberes y reglas técnicas cuya inobservancia viene representada por la impericia, por lo que la culpa médica puede tener su origen tanto en la omisión de diligencia debida como en la carencia por parte del facultativo de aquellos conocimientos teóricos y prácticos necesarios para el correcto desempeño de su profesión. Dado que el médico es un profesional a quien se le supone

²¹¹ Diego Papayannis, *Alterum non ledere* (Girona: Universidad de Girona, 2001), 13.

²¹² Concepción Rodríguez. *Derecho de daños*, 204.

y exige una preparación científica adecuada para desplegar la actividad de sanar,²¹³ el otorgamiento de un título profesional conforme la normatividad docente y académica crea indudablemente una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal, la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate.

2. El daño - Generalidades

El daño es el primer elemento e indiscutible, que no se presume ni se desplaza ni cede en ningún evento de análisis sobre responsabilidad, porque es su causa necesaria, más, el daño es causa necesaria pero no suficiente para declarar la responsabilidad, pues no siempre habrá un responsable si se demuestra alguna de las causas de exoneración de responsabilidad. La expresión daño vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio.²¹⁴

El daño es uno de los presupuestos de la obligación de resarcir. Ante esta afirmación hemos de colocarnos en el contexto de que, dados los cambios producidos en las sociedades en el curso del tiempo, han determinado modificaciones jurídicas sustanciales desde que en el Derecho romano se cimentó la doctrina de la responsabilidad por daños; por tanto, una definición actual del daño debería incorporar elementos resultantes de estas transformaciones.

Desde el punto de vista lógico, el daño constituye el primer elemento de la responsabilidad, sin él no se puede pensar siquiera en la pretensión resarcitoria: sin perjuicio no hay, ni puede haber, responsabilidad.

En este sentido, se ha podido resolver entre nosotros que no procede responsabilidad a un médico por el retraso, como consecuencia de una infección, en el tratamiento de una patología congénita que sufría un menor, al que habían intervenido quirúrgicamente, toda vez que no se demostró que dicho cuadro o la demora provocada en el tratamiento hubiese causado un daño cierto al menor, que perjudicara su situación física o completara su *chance* de lograr un mejoramiento en su afectación congénita.

El daño a la persona en cualquiera de sus variantes integradoras —daño biológico o daño a la salud, directo, indirecto, reflejo o diferido— requiere siempre una

²¹³ STS de 25 de noviembre de 1980, Sala 2, ponente Sr. Latour Brontóns, Repertorio de Jurisprudencia, 1980, vol. II, ref. 4556, 3657, en Concepción Rodríguez. *Derecho de daños*, 204.

²¹⁴ Eduardo A. Zannoni A. *El daño en la responsabilidad civil. Antijuridicidad y causación, Daños patrimonial y pérdida de chance. Damnificados directos e indirectos. Estimación económica. Modos de reparación. Resarcimiento del daño moral*, 3. ° ed. (Buenos Aires: Astrea, 2005), 86.

condición *sine qua non* en el registro de responsabilidad que en verdad exista, pues los factores de atribución, el componente subjetivo de la diligencia y aún el de la seguridad están conectados con la relación de causalidad adecuada, pero hacen pie, ineludiblemente, en que todo obrado, captado desde un plano subjetivo o aun objetivo, gire en torno al resultado dañoso. De lo contrario, desembocaríamos en soluciones disvaliosas porque no habría en verdad una causa de atribución, al juzgar un comportamiento ilícito que no se ha concretado en daño, cualquiera fuera este su valoración económica o moral.²¹⁵

Ya se ha referido en párrafos anteriores que, entre las causas que han determinado los nuevos conceptos acerca de la responsabilidad y el daño, una de las más relevantes es la reafirmación de los principios relativos a la dignidad de la persona, que induce a exigir seguridad y respeto para los derechos de esta y a demandar la reparación para las violaciones.

El daño, según el *Diccionario de la lengua española*,²¹⁶ se define como el efecto de dañar, de causar un perjuicio o mal. Visto desde la doctrina jurídica el daño es:

todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.²¹⁷

Por su parte el daño también es definido como toda destrucción o menoscabo de algunos de los bienes del patrimonio económico o bienes morales de una persona, capaz de afectarlo en el presente o en el futuro, siempre que fuere susceptible de apreciación pecuniaria.²¹⁸

Para el derecho civil, daño es el detrimento, el perjuicio o el menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus bienes, sus derechos o sus intereses.²¹⁹

En la doctrina jurídica el concepto es mucho más restringido. En las definiciones de los tratadistas no hay uniformidad al señalar sus características, pues cada una incorpora diferentes y ninguna puede aplicarse a toda la extensión del concepto.

²¹⁵ *Ibíd.* 87.

²¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 84.

²¹⁷ Arturo Alessandri Rodríguez. *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil Chileno* (Santiago de Chile: Editores Ltda, 1983), 210.

²¹⁸ Henschel D. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos* (Buenos Aires: Tipográfica Editora, 1951), 16.

²¹⁹ Enrique Barros, *Tratado de la responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 23.

La determinación de responder pasa necesariamente por la producción del daño. Al hablar del acto ilícito *stricto sensu*, la responsabilidad necesita para configurarse como tal la presencia del daño, que es el centro de gravedad y primer elemento de la responsabilidad,²²⁰ pero no en sentido cronológico, como dice Orgaz, sino porque recién ante la ocurrencia del daño comienza el jurista a preguntarse si hay ilicitud, causalidad y culpabilidad. En términos más simples, la regla de oro es que sin daño no hay responsabilidad.

Daño es un concepto jurídico y perjuicio, un concepto natural. No obstante, ambos términos se usan indistintamente por razones de consonancia, siendo que el perjuicio a un interés jurídicamente protegido y las dos palabras son a todos los efectos sinónimas.²²¹

El daño es un fenómeno y un hecho jurídico a la vez, al que las personas están expuestas en cualquier momento y condición. Constituye un perjuicio, lo que resulta contrario a una situación favorable.

El daño es un concepto amplio, ya que, de hecho, ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a los que pueda aplicarse la denominación de daños.²²²

El daño es visto, además, como un fenómeno físico, pero resulta necesario estudiarlo desde la óptica jurídica, que implica que el mismo debe ser susceptible de calificación y causar determinados efectos legales. El daño, según Adriano de Cupis,²²³ está estructurado por:

- a) Un elemento sustancial o material que va a lo interno del daño; se relaciona con el hecho físico.
- b) Un elemento de carácter formal que nace de la norma jurídica.

El daño, al causar efectos jurídicos, provoca una reacción que permite al derecho reprimir el daño como tal, manifestándose de esta manera el nexo en los elementos antes expuestos.

²²⁰ Zavala de González, Matilde. Comentario al art. 1067, en *Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dir. Alberto Bueres, Código t. 3-A (Buenos Aires: Hamumurabi, 1999), 96; Edgardo López Herrera. *Manual de responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007), 141.

²²¹ Miquel Martín-Casals. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, trad. Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. REDPEC (Madrid: Aranzadi, 2008), 61.

²²² Adriano de Cupis, *El daño: Teoría general de la responsabilidad*, trad. Ángel Martínez Sarrión (Barcelona: Bosch, 1975), 81.

²²³ *Ibíd.*, 82.

El daño se deriva del hecho proveniente del hombre. Tanto el hecho que provoca el daño como este en sí mismo forman parte de un complejo proceso en el que la razón determinante para que se generen efectos jurídicos, que es justamente la respuesta del derecho, es el propio el daño.

El daño posee un carácter antijurídico cuando proviene de un acto humano que resulta contrario a la ley.

La distinción de jurídico y antijurídico, lícito e ilícito, justo e injusto, depende, en definitiva, del criterio de valoración del propio derecho. Es manifiesto que la misma común experiencia del derecho demuestra que el empleo de sus conceptos entraña una apreciación de los actos humanos, valga decir, además de la mera constatación de su acaecer, su valoración.²²⁴

Diremos que, a pesar que para el derecho es imposible regular todas aquellas conductas humanas que puedan causar un daño determinado, sí es necesario que, para determinar el mismo, en dependencia de su naturaleza, existan pautas que permitan al juzgador determinar con certeza su presencia, en especial en el ámbito médico, que los hechos están sujetos a elementos especializados, por lo que debe existir claridad al respecto para determinar de forma correcta su antijuricidad. Cuando el acto humano es no solo jurídicamente relevante, sino más específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido.²²⁵

3. Categorización de los daños en cuanto al impacto en el sujeto

La base normológica que sustenta la clasificación de los daños se conforma a partir de los Tratados Internacionales, la Constitución, normas derivadas en la ley y las aplicaciones jurisprudenciales y a través de las interpretaciones teleológicas progresivas, temporal, espacial, de Juzgados, Cortes y Tribunales.²²⁶

Este proceso de integración de normas es complejo, máxime cuando, además del sistema interno, se asume un sistema externo. Sin embargo, el sistema normativo solo le posibilita al Juez proceder a encuadrar el hecho metodológicamente y aun así no siempre la solución es adecuada; de allí que el sistema normativo deba conjugarse y complementarse con las interpretaciones jurisprudenciales según métodos que constituyen nuevas ideas jurídicas, en muchos casos precedidas por corrientes doctrinarias.

²²⁴ Alessandro Levi, *Teoría general del derecho*, vol. I (Roma: CEDAM, 1967), 56.

²²⁵ *Ibíd.*, 86.

²²⁶ Carlos Alberto Ghersi y Celia Weingarten, *Tratado de daños reparables*, t. I (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008), 70.

4. El daño en relación con los roles y funciones del sujeto

La persona como sujeto de derecho realiza diversidad de roles y funciones en la sociedad a los efectos de la configuración del daño y su reparación.

Divididos los ámbitos de configuración del daño y su reparación, estos se constituyen en espacios de actuación: el económico, llamado también patrimonial, y el extra económico o extrapatrimonial.

La CRE protege que el sujeto posea ciertos derechos en el ámbito económico a partir del trabajo, que le permite consolidar un proceso de ahorro y acumulación capitalista; es decir, constituir un patrimonio como propiedad privada que resulta inviolable o solo sujeto a expropiación por la autoridad pública cuando la necesidad o el requerimiento social así lo exija en beneficio de toda la sociedad, en cuyo caso se transfiere pues lo privado a lo público, por disposición de la ley y en relación al beneficio público.

El derecho a trabajar en relación de dependencia, en empresas o Estado, convierten a la persona en una unidad productiva que, como recurso económico en el sistema, le permite obtener una remuneración —parte en dinero parte en especie— a través de servicios médicos o como trabajador autónomo vender sus servicios a cambio de un precio o poder consumir, pagar impuestos y ahorrar, es decir, conformar una organización económico-jurídica que puede abarcar desde las más simples —unidad productiva de una persona soltera-individual o en familia, como el jefe de familia— y unidades económicamente complementarias hasta las más complejas, como una empresa estatal o una privada nacional o transnacional, que en su caso producen y comercializan bienes y servicios por un precio.

Conforme a este criterio, el daño puede producirse en la misma unidad productiva, cuyo resultado puede ser la extinción o incapacidad total, parcial, transitoria o definitiva en la obtención de aquellos recursos económicos, lo que se ha denominado usualmente como muerte económica del valor vida o incapacidad económica sobreviviente, según la intensidad del daño.

En consecuencia, desde el ámbito económico podemos subdividir el daño en: daño a la unidad productiva, como recurso económico, individual, empresa, familia, y daño producido en el proceso de acumulación de excedentes o ahorros que constituyen el patrimonio, inmuebles, muebles etc.

La noción patrimonial en el derecho de daños es más amplia que la del patrimonio en sentido técnico, pues debe abarcar, más allá de los bienes exteriores pertenecientes a las personas, las potencialidades humanas que poseen naturaleza económica, que, aunque desprovistas de valor económico en sí, lo adquieren directamente al ser aplicadas al logro de finalidades productivas.

Así, la integridad de la persona presenta un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos y de toda índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro, con lo cual el daño en esta esfera resulta ser susceptible de apreciación pecuniaria y, por ende, indemnizable.²²⁷

En este supuesto de extinción económica aparece el recurso denominado valor económico de la vida.

En otro sentido, también es reparable cuando el recuso económico a causa del daño queda disminuido en su aptitud de producir; la incapacidad económica sobreviviente se refiere esencialmente a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas habitualmente desempeñadas o en otras.

El daño solo puede producirse en la personalidad jurídica física en su rol de ser humano, con lo cual este tipo de daño no puede producirse en las personas jurídicas de existencia ficta o patrimonios de afectación, llámense sociedades, consorcios etc.

El ser humano —base de la persona jurídica— posee, dentro de este rol, determinadas funciones en la familia, en la sociedad bajo diversas actividades. Así, por ejemplo: padre, hijo; deportista, estudiante, etc., que, al ser dañado, produce un impacto en el rol o la función que debe ser reparada, por ejemplo, la pérdida de un padre de familia en un accidente implica un impacto para el núcleo familiar completo, especialmente de sus dependientes hijos; la pérdida de la movilidad ambulatoria de un deportista o la pérdida de memoria de un estudiante o profesional etc., este impacto debe ser reparado.

En este sentido podemos individualizar autónomamente como causa de daño:

Lo relacionado con físico, estético y biológico, en una primera fila;

En un segundo escalón, el daño moral;

En una tercera posición, el daño psicológico;

²²⁷ Jara Caballero, Ricardo A. c. Servidio, Guillermo E y otro, Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil Sala J. 1999.02.02. La Ley. 1999-C 790. J. Agrup. Caso. 13.910. en Ghersi y Weingarten, *Tratado de daños reparables*, 72.

Por último, el daño espiritual, en relación con los derechos personalísimos o de discriminación.

Cada uno de ellos se constituye como autónomo —subcategoría del campo extraeconómico— porque daña aspectos distintos, posee medios probatorias propios y constituyen impactos diferenciados en el ser humano, sin perjuicios de que la causa del daño, cualquiera que fuere el accidente o el hecho productor del daño, mala praxis médica etc., pueda conjugar simultáneamente más de uno de ellos —daño físico, estético y moral—, incluso que posean una incidencia en el ámbito de los derechos económicos: por ejemplo, un daño psicológico implicará un daño importante en la persona como ser humano y, simultáneamente, una incidencia en la unidad productiva especialmente cuando su capital de mercado es su coeficiente mental, así un tecnólogo, un médico, un abogado etc.

El daño no se agota en lo económico, ya que, además, comprende cualquier disminución que experimente el dañado, por ejemplo, la imposibilidad de concurrir a la universidad, de llevar a los hijos al colegio; de correr para tomar un autobús.²²⁸

Es exponencial entonces los dictámenes del profesional traumatólogo, por ejemplo, que consideró que las lesiones son de carácter irreversible y que no le permitirá a la víctima llevar una vida normal, fundamentalmente en los aspectos relacionados con la actividad física.

Asimismo, es absolutamente relevante la exposición terminante de la existencia de la presencia del daño; el perito neurocirujano, quien señaló que la víctima desarrolló a raíz de un accidente un daño raquimedular que se tradujo en un cuadro clínico de déficit neurológico corporal. Así también el daño psíquico está dirigido a reparar la merma de capacidad psíquica sufrida por la víctima.²²⁹

²²⁸ Constituido como la universalidad que está por el conjunto de bienes de una persona (Art. 853 del Código Civil.- Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóras), de manera tal que el patrimonio viene a regirse en uno de los clásicos atributos de la personalidad, como tal intangible. Esta valoración jurídico-social responde a la nueva tendencia del Derecho social, la cual es la de tutelar el mundo íntimo del hombre; los valores que rodean a su personalidad moral; los daños que resulten por atropellar esos valores del individuo no tienen una apreciación, ni menos valoración tangible, pero, para el individuo quizás, dependiendo de su formación, es la parte más valiosa de su patrimonio; ese patrimonio no es negociable como cualquier bien material y el agraviado deberá estar atento para hacer valer su derecho y defender su patrimonio moral frente a cualquier agresión.

²²⁹ Nanni, Pascual y otro. Brozzi De Clero, Mónica María y otros daños y perjuicios. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D. 26.9.2007. MJJ1665; Ghersi y Celia Weingarten. *Tratado de daños reparable*, 74.

5. Incidencia en la diversidad de las funciones

Conviene rescatar la diferencia entre las nociones daño y perjuicio, a pesar de que los dos son tratados como sinónimos e incluso la jurisprudencia los trata como equivalentes, a pesar de ello, su distinción se considera acertada de acuerdo con las diferentes formas de responsabilidad civil, de cómo se analiza la responsabilidad en la causa y la forma de indemnizar.

El daño se toma como hecho, la creación negativa y perjudicial contra la integridad de un bien de una persona determinada, mientras que el perjuicio es su consecuencia subjetiva.

La indemnización como elemento determinante en la responsabilidad civil depende de que el perjuicio efectivamente sea causa del daño, por ejemplo, a la persona de la que se determinan unos perjuicios, pero no todos pueden ser consecuencia del daño que se reclama. La segunda razón está en relación con la legitimación en la causa de quien reclama una declaración de responsabilidad cuando el perjuicio no recae sobre su patrimonio personal, sino que se persigue restablecer o reparar la lesión o intereses colectivos o sociales, como es propio de las acciones de grupo o populares, en este evento el autor cuestiona la característica personal del daño, reconociendo que las diferencias siendo frágiles y sutiles.

A más de la diferencia anotada, los daños y su consecuencia inciden en cuanto a las funciones de la persona en sus diferentes ámbitos; en las relaciones familiares, por ejemplo, casado, soltero, hijo, padre, hermano, relaciones deportivas, futbolista, tenista, automovilista, o sociales, reuniones de pertenencia a instituciones, círculos religiosos, culturales, pintor, investigador, etc.

Los daños, de esta forma, se relacionan con el rol y las funciones que cada sujeto ocupa en los diversos ámbitos y esto determina la diferenciación de pruebas del modo de reparación, inclusive en el *quantum*.

La autonomía de los daños como aspectos diferenciados del ser humano necesita pruebas específicas que demuestren la influencia negativa en las funciones que desarrolla, elementos diferenciadores que deben apreciarse separadamente y que el Juez debe considerarlos también así, pues la indemnización de perjuicios implica un probar suficiente y material del daño. Por ende, no es fundada la sentencia que omite discriminar los distintos ítems de la indemnización, pues la fijación de una suma macro,

impide verificar el procedimiento lógico por el tribunal y coloca al damnificado en estado de indefensión.

6. Lesión a un interés. El problema se produce cuando el gusano se convierte en mariposa

Cuando sucede un hecho ilícito muchas personas pueden sufrir pérdidas, pero no todas pueden ser reparadas porque los intereses de todos no son protegidos de la misma manera ya que el daño y perjuicio que las normas jurídicas tienden a evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquel que frustra expectativas aseguradas por el derecho.²³⁰

El ordenamiento jurídico protege derechos e intereses y el hecho dañoso entraña el desconocimiento del interés de la víctima, el derecho remedia esa inobservancia con un ajuste de intereses y, entonces, ante la lesión del interés protegido, la ley reconoce otro interés —el de ser reparado— al que queda subordinado cualquier interés del sujeto que señala como deudor.

Por ello, el daño reducido a su núcleo fundamental ha sido definido como la lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido.²³¹

De inmediato surge un cuestionamiento: ¿Por qué el derecho protege un interés? La respuesta la muestra, Adriano de Cupis: el concepto de interés es inescindible del concepto del bien jurídico, que sería todo aquello que es apto para satisfacer una necesidad humana.

El bien tiene una aptitud genérica para satisfacer esa necesidad. El interés, en cambio, es la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados, venga satisfecha mediante un bien, por ejemplo, mi vida, mi honor, mi libertad; por ello, dice el gran maestro italiano que la tutela jurídica no tiene por objeto el bien en sí mismo considerado, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto de esos bienes.²³²

La noción de interés como materialización del bien jurídico protegido modernamente no se entiende solo referida a un sujeto determinado y concreto, sino también, en ciertos casos, a los intereses de una comunidad, de un grupo o de la sociedad

²³⁰ Busto Lago, Manuel, “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”, en López Herrera, *Manual de responsabilidad civil*, 777.

²³¹ Padilla René, Responsabilidad civil por mora (Buenos Aires: Astera, 1996), 46, citado en López Herrera, *Manual de responsabilidad civil*, 141.

²³² Cupis, *El daño: Teoría general de la responsabilidad*, 111, en López Herrera, *Manual de responsabilidad civil*, 146.

total, como sería el caso de los intereses colectivos o difusos –por ejemplo– el medioambiente.

Las posiciones son encontradas respecto de qué tipo de interés legítimo merecedor de tutela o simple es el que protege la responsabilidad y que sería el que hace surgir el concepto jurídico de daño, porque no todos los intereses son protegidos de la misma manera.

Así, el padre que pierde a su hijo que es un astro del fútbol y persigue al homicida, o la actriz que persigue al médico que practicó de forma defectuosa una intervención estética de su nariz.

Reconocemos este interés merecedor de tutela, aunque no podemos negar que, según la época y las circunstancias, la línea divisoria entre el interés simple y uno merecedor de tutela es delgada; dicho de otra manera, solo cuando el ordenamiento, a través de la jurisprudencia y la propia legislación, transforma el interés simple en merecedor de tutela estamos ante un daño jurídico.

Es incondicional que entre las pautas de interpretación acerca de qué intereses son dignos de tutela podemos mencionar a los derechos y garantías reconocidos por la CRE de 2008, los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y, sin duda, todos los bienes que resultan implícitamente protegidos por el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Es que no todo interés simple es objeto de reconocimiento por el derecho de daños, como el que puede tener una empresa privada de prestación de servicios médicos con la concurrencia asidua de enfermos para tratarlos o en el interés de las entidades vendedoras de seguros de salud en abrazar la mayor cantidad de posibles coberturas de personas jóvenes con ingresos altos.

La cuestión no es menor y debe tratarse con más detalle: el criterio del daño como lesiones al derecho subjetivo o al interés legítimo, entendidos como aquellos reconocidos o definidos por la ley, tiene la indudable ventaja de la seguridad jurídica.

Es pertinente decir que el interés debe ser merecedor de tutela, aunque pueda reprocharse que no estamos diciendo nada o, lo que es peor, que equivocamos el problema, porque la gran duda que queda es cuándo, quién y cómo se define la zona gris que existe entre el interés simple y el interés legítimo o derecho subjetivo.

Utilizando una metáfora, el problema se produce cuando el gusano de seda se convierte en mariposa. Ninguna duda cabe de que el legislador puede cruzar esa

frontera, pero nuevamente estamos diciendo muy poco, porque estamos ante un interés que ha devenido en legítimo por obra del legislador.

Así, no queda más que confiar en la prudencia del sistema judicial. El Juez es el único habilitado para descubrir cuáles son los intereses que merecen tutela del ordenamiento.

Cómo el Juez realiza esta tarea: ¿Puede a su arbitrio crear un interés digno de protección? Lo correcto es decir que el Juez debe encontrar una solución justa, pero no es creador libre de derecho, papel que le está reservado al legislador.

Bidart Campos dice que, aún si falta la norma directamente aplicable, tiene que respetar la frontera del ordenamiento que le sirve de marco.

¿Puede acudir a elementos extra sistemáticos? Sí, cuando la Constitución o las propias leyes autorizan a acudir al derecho natural, al valor justicia, la equidad, la doctrina [...] lo extra sistemático funciona desde la periferia del sistema para tomar contacto con este y así nutrirlo y verificarlo mediante una especie de ósmosis, proclive a la retroalimentación.²³³

En el fallo por responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Ecuador, en el caso Andrade Bailón vs. EMELMANABI aplicó esta ejemplar ósmosis decisional jurisdiccional.²³⁴ El

²³³ Bidart Campos, Germán, *Casos de derechos humanos* (Buenos Aires: Ediar, 1997), 67-8.

²³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Resolución n.º 168-2007 de 11 de abril de 2007.- En el juicio contencioso administrativo (Recurso de Casación) n.º 62-2005 que por indemnización de daños y perjuicios, sigue el señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón en contra de la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI y el Consejo Nacional de Electricidad CONELEC y la Procuraduría General del Estado en Manabí. [...] Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más cualificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se examinará con detalle el tema en los literales que se enuncian luego, en párrafos específicos: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre otros, ver el artículo 97 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: “*El Pueblo de Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana... establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social*” (El resaltado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus

calificar un hecho como *afectación injusta* es una materia sujeta al criterio judicial, en materialización del activismo jurisdiccional, que puede ser objeto de control a partir de la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación.

Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido *principio de la igualdad material* en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una *afectación ilícita*, el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podía prevenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas.

7. Personalidad del daño

El principio es que toda persona está facultada para reclamar los daños que ha sufrido, pero no los que ha padecido otra persona.

El daño y la relación de causalidad son presupuestos generales de la existencia de la responsabilidad. Según estos principios del derecho de daños se propone la reparación de un perjuicio y, en consecuencia, no puede establecerse ninguna reclamación sin un daño jurídicamente reconocido.²³⁵

Queda claro que no todo perjuicio sufrido por otra persona puede ser compensado a través del derecho de daños; el establecimiento de una obligación de compensar el daño requiere una intromisión en un interés jurídicamente protegido. Ya se ha referido que los intereses que están jurídicamente protegidos deben determinarse sobre las bases del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La idea subyace en el énfasis en el interés jurídicamente protegido. Esta noción de intromisión de un interés protegido se tiene como sinónimo de antijuridicidad, concepto que está en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos tomando en cuenta

potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado.

²³⁵ Martín Casals, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, 55.

la definición de antijuridicidad; desafortunadamente no existe uniformidad en el uso de la expresión.

En el marco de la responsabilidad por culpa, algunos sistemas sobredimensionan el interés protegido y, por consiguiente, en el resultado no querido o teoría orientada al resultado. En otros sistemas, a pesar de estar aceptado que no todos los intereses están protegidos de manera uniforme, la antijuridicidad se deriva de la conducta del autor. Incluso en otros la antijuridicidad es cuestión de combinar la violación del interés protegido y la conducta negligente, dando la impresión de que la antijuridicidad no es mucho más que una manera abreviada de referirse a la responsabilidad por daños.

Pero refiriéndonos a la facultad de reclamar por los daños sufridos, abre la oportunidad para identificar el daño directo e indirecto, el cual es personal en los dos casos. El daño directo no presenta problema.

El damnificado indirecto es aquella persona que se ve vulnerada por rebote, espejo o reflejo,²³⁶ como el hijo huérfano por la muerte de su padre.

Esto debe distinguirse de cuando una persona actúa en nombre de otra, como en el ejemplo anterior, en los que el hijo reclama los daños que ha sufrido su padre.

Los dos daños son personales, pero las lesiones en el hijo menor de edad — huérfano— son directas por la pérdida del deudor de alimentos y por el quebrantamiento de la relación filial con su padre fallecido, a pesar de que el daño génesis de la muerte del padre es un daño indirecto.

Que reclame la misma persona no tiene incidencia, porque tanto el interés jurídicamente protegido como la relación causal de la producción del daño irradia a cada uno de los involucrados en el perjuicio sufrido; es esta expansión ilimitada que protege el principio de libertad de ejercicio de reparar.

8. Certeza del daño

Lo mínimo aceptable en el derecho de daños para que un acto ilícito no sea causante de un perjuicio es que el daño sea cierto.²³⁷ Sobre su caracterización se ha dicho

²³⁶ Marcelo, Pazmiño Ballesteros, *Acción civil de daño moral, en accidente laboral* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2015), 92.

²³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Resolución n.º 229-2002. En el juicio ordinario (Recurso de Casación) n.º 31-2002 que, por indemnización de daños y perjuicios, sigue José Luis Guevara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” en contra de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL, PETROPRODUCCIÓN. [...] a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos” (art. 1453 Código Civil); b) La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; c)

que el daño sea cierto, además, será concreto, determinado y personal, significa que no puede estar rodeado de incertidumbres, debe ser verificable, para lo cual puede ser actual o futuro, lo importante es que no sea eventual o hipotético, no puede como el principio del derecho, que la expectativa cree obligaciones, además el nocimiento debe contraerse a una circunstancia específica, determinada y, afectar a quien lo reclama.

Como este es posterior al hecho dañoso que lo causa —*eventus damni*— pueden producirse sus resultados inmediatamente o a futuro; la misma sentencia judicial dictada después del hecho debe considerar esta diferencia en el tiempo, el daño actual y subsistente, y el futuro, el que se presume, que podría darse aún después del fallo.

Aunque ya no es esencial la convicción acerca del dolo o la culpa del daño, a veces el Juez no debe prescindir de ellas, especialmente cuando de esto depende la determinación misma de que hay daño resarcible.

No lo es todo el que se produce por una acción u omisión ajena, pues en ocasiones debe estar claro que es consecuencia de un obrar culpable; esto es más evidente cuando, debido a la naturaleza del daño, la atribución de responsabilidad no puede hacerse con las pruebas ordinarias.

Por ejemplo, la dificultad de prueba de ciertas acciones por mala práctica médica, que exigen una negligencia culpable, no permitiendo siempre los medios procesales de prueba ordinarios su demostración.

La responsabilidad civil extracontractual es indirecta cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve; d) Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido. e) Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, v. gr., el daño emergente; y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, v. gr., el lucro cesante; f) Si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extrapatrimonial de la persona, el daño es moral; g) El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir la afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar; la culpa es grave, leve o levísima, según lo previsto en el 29 del Código Civil; h) La responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la Ley le exige en su actividad. De otra parte, la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto; esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido proveídas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.

La dificultad del Juez para evaluar la negligencia culpable de un médico puede comprenderse mejor con lo que dijo un tribunal francés:

Corresponde a la prudencia del Juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o de los médicos y pretender discutir las cuestiones de pura ciencia. Los jueces deben mostrarse prudentes, no tomar partido por tal escuela contra otra; no transformarse, como declaraba UPIN [...] en Sorbona médica y ahorrarse el ridículo de dirimir una discordia entre Hipócrates y Galeno.²³⁸

El daño no puede ser una hipótesis, una conjetura o una fantasía de la víctima, sino que deben ser daños que previsiblemente surjan de la actuación dañosa, o lo que es lo mismo, que guardan con ella relación de causalidad.

El tema surge en cuanto a los daños que todavía no han sucedido, pero se sabe que ocurrirán, como la persona que sabe que debe someterse a un tratamiento u operación quirúrgica para curar sus lesiones.

Estos daños, que se llaman futuros, también son ciertos. En algunos casos habrá certeza absoluta, como por ejemplo si la víctima tiene las facturas de lo pagado; en otros habrá certeza relativa, pero suficiente, como cuando se estiman los daños futuros mediante presupuestos de lo que normalmente acostumbra a suceder.

El daño debe ser subsistente, lo cual quiere decir que no debe haberlo reparado el obligado antes de que se reclame ante la justicia.

El proceso resarcitorio empieza por establecer las circunstancias del daño; una vez comprobado este, debe ser atribuido a un sujeto, su autor; el hecho dañoso debe ser atentatorio contra el orden jurídico y solamente entonces se sabrá si hay fundamento para imponer al autor el deber de indemnizar por causas subjetivas u objetivas.

9. La injusticia del daño

En referencia del daño injustamente sufrido, la evolución del derecho civil francés ya aparece cuando Ripet señaló que el derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor.²³⁹

La relectura del viejo sistema comenzó hace más de un siglo. Aunque el cambio de óptica haya pasado inadvertido muchas veces, un trabajo de José María López Olaciregui expuso como criterio básico que se debe responder no solo por el daño injustamente causado, sino también por el que ha sido injustamente sufrido, esto

²³⁸ Barragán Romero, *Elementos del daño moral*, 69.

²³⁹ Ripet, G., *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*, trad. J. M. Cajica JR., Puebla, 1951, n.º 169. Ver en Atilio Anibal Alterini, *Estudios de derecho civil: Conceptos, Mercosur, contratos, consumidor, derecho de daños, reformas* (Buenos Aires: La Ley, 2007), 327.

es, cuando es injusto que lo soporte quien lo recibió, haya o no ilicitud en el obrar del llamado a responder.

Yvonne Lambert Faibre confirmó la tesis anterior sobre la evolución del pensamiento jurídico francés demostrando cómo la responsabilidad, de ser tratada como deuda del autor, se transformó hasta adquirir virtualidad de crédito de la víctima.²⁴⁰

Según el viejo concepto, el damnificado estaba precisado a establecer la existencia de una deuda a cargo del demandado; así, le incumbía romper el principio de inercia jurídica probando la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil que exigía la concepción clásica: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal.

Entendiéndose ahora que la producción del perjuicio es fuente de un crédito de quien lo sufre, ese mismo principio de inercia actúa en sentido contrario: el crédito a favor de la víctima subsiste mientras el sindicado como responsable no demuestre lo necesario para desvirtuarlo.²⁴¹

Rige también la noción de garantía, por ejemplo, aquellos que causen daños a quienes se hallan bajo su dependencia, caso en el cual la prueba de haber obrado con diligencia, esto es, sin culpa, no lo libera.

Estas concepciones diluyen la antijuridicidad —que supone una conducta que en sí misma es ilícita— como presupuesto de la responsabilidad, produciéndose lo que se denomina pasaje de la concepción *contra jus* del ilícito a la concepción del *sine jure* del daño injusto.

Ello significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular de derecho a obrar. Solo se atribuye al causante el daño injusto y únicamente se considera injusto el perjuicio que es causado sin derecho.

La concepción actual coincide puntualmente con los reclamos de hombre contemporáneo que ha dejado de inclinarse ante el azar y por ello exige la reparación por los daños que sufre.

Cualquier observador de la realidad está en condiciones de percatarse de que, en el presente, en la conciencia del público se enraíza la idea de que todo damnificado debe poder reclamar una reparación al autor de hecho dañoso.

²⁴⁰ *Ibíd.*, 328.

²⁴¹ *Ibíd.*

El modo acelerado con el que se transforma el derecho nos sorprende de manera cotidiana, no es extraño la proclama que muestra la evolución de la responsabilidad como un tránsito de la noción de daño injustamente causado a la de daño injustamente sufrido.

Con el advenimiento de la nueva era ocupó el primer plano en el debate jurídico una nueva generación de derechos, derivada de los intereses supraindividuales o meta individuales.

Tradicionalmente, solo el titular inmediato y directo de ciertos derechos subjetivos disponía de una acción para reclamar en caso de que fueran violados.

Hoy la acción también le es concedida a titulares de intereses colectivos o difusos, cuya violación provoca daños demasiado pequeños o un número de víctimas demasiado grande, aportando una solución que se estima adecuada para resolver la atención de intereses entre lo individual, la comunidad y el Estado y que pretende dar respuesta a interrogantes como qué significa un ser humano o qué significa ser una persona que participa en una comunidad.²⁴²

9.1. Clasificación de los daños. Especialidad de la responsabilidad médica

Existen diversos criterios para clasificar los daños. Las clasificaciones no son excluyentes, ya que es posible que en un mismo presupuesto se superpongan diversos tipos de daños.

Por razones didácticas y prácticas conviene hacer una sistematización de los daños, más tengamos en cuenta que al clasificar no puede haber rigidez, pues un daño puede encasillarse en diferentes géneros.

9.1.1. El daño material o patrimonial

Por su naturaleza, la distinción básica diferencia entre el daño patrimonial, el cual es directamente evaluable en dinero, y el daño no patrimonial, que no lo es.

Históricamente, la apetencia por lo económico viene de la mano del concepto hombre-propietario; la sed de peculio hace que todo se someta al criterio económico, de manera que cualquier daño se analiza en atención al efecto patrimonial que sufra el ofendido; el valor de sus bienes patrimoniales lesionados, en gran medida, son los derechos individuales, que se sustentan en valoraciones económicas.²⁴³

²⁴² *Ibíd.*, 331.

²⁴³ Rubén Morán Sarmiento, *El daño: Aspectos sustantivos y procesales* (Quito: Edilex, 2010), 70.

Es el individualismo el que predomina, el hombre mide su valor por desventura en relación con la cantidad de bienes que posee. Este individualismo se consolidó con la Revolución francesa y perseguía la protección del Estado, especialmente los derechos patrimoniales de los individuos, y privilegió a la burguesía como clase económica dominante. Hoy se enfrenta al desarrollo de un nuevo derecho, el derecho social, que recoge las exigencias del hombre como ente social para oponerse al individualismo que luce anacrónico.

Los grandes desequilibrios que experimenta la sociedad y sus gobernantes se deben a la mala distribución de la riqueza, a la tendencia de acumular por acumular, estando las acciones tendientes a esa acumulación en pocas manos. Tal tendencia social hace que se mantenga aún con rigidez el concepto de patrimonio, sinónimo de bienes, de riqueza en el hombre, entonces, surge necesariamente el daño patrimonial, que no es otro que la afectación que el hombre recibe a su interés patrimonial, expresado en bienes materiales y, esto jurídicamente no constituye sino la especie de lo que debemos entender como el daño privado.²⁴⁴

Conforme el criterio individualista todo daño material debe ser reparado en su real valor y dimensión; en cambio, si nos atenemos a cómo se concibe el nuevo derecho social habrá que analizar el valor del bien en relación con la satisfacción de las necesidades del hombre, pues se conciben los bienes como parte importante en aras de satisfacer esas necesidades, de modo que estamos lejos de lo que esta sociedad consumista puede concebir como útil para engalanar la vanidad del hombre, pero bien puede subsistir sin ellos.

Los daños entonces se analizan a la luz del bien servicio y del bien no útil para el hombre.

El bien servicio evidentemente será de mayor valor frente al bien que no tiene esa calidad: una obra de arte frente al bienestar somático de una persona; el primero no satisface necesidad alguna, el segundo atiende una necesidad vital del hombre respecto a su condición misma en el desarrollo de sus actividades de tranquilidad, productividad y bienestar en general, valoración que deberá ser considerada en el ámbito de una verdadera justicia social que satisfaga el justo derecho a ser indemnizado al agraviado por un daño producido.

²⁴⁴ Ibid. 71.

Así, el daño patrimonial siempre será susceptible de valoración en el mercado, con lo que la reparación que se conceda al perjudicado normalmente le colocará en la misma situación que tenía antes de sufrir el daño.

9.1.2. El daño no patrimonial. Los derechos de la personalidad

Generalizando, puede decirse que los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos.²⁴⁵

Los derechos de la personalidad son conceptualmente distintos a los derechos humanos sobre la base de que estos son atribuidos a la persona en tanto se encuentre emplazada en relaciones de comunidad y organización. En cambio, los derechos subjetivos de la personalidad son aquellos en los que la persona se encuentra en relaciones de coordinación y en los que predomina el sentido de libertad sobre el de función. Prueba de ello lo dan las más modernas Constituciones que han venido a explicitar, al lado de las clásicas libertades públicas políticas con que se conformaron las Constituciones decimonónicas, las manifestaciones interiores de la persona.

Como estamos hablando de derechos subjetivos, es importante destacar, ante todo, que se está ante poderes de actuar dirigidos a preservar la esfera personal propia del ser humano. Decimos esfera personal propia, lo que denota la interioridad del objeto del derecho inserto en bienes jurídicos.

Estos bienes jurídicos tienden a preservar la integridad de esa esfera personal propia que comprende, ante todo, la integridad física del hombre que la presupone. Pero, además del ser físico, el hombre es un ser existencial; su ser no es el de cualquier objeto puramente físico, sino que trasciende como existencia.

Podemos hablar, entonces, de la preservación de la integridad existencial del hombre, mediante la cual cada ser humano se reconoce asimismo como distinto a los demás y, a su vez, se valora a sí mismo.

La preservación de la integridad física del hombre objetiva, como bienes jurídicos, la vida, por supuesto, pero, además, la indemnidad o plenitud corporal e, incluso, el poder de actuar sobre el destino de partes del cuerpo separadas de él y del propio cadáver. La preservación de la integridad existencial del hombre eleva a la

²⁴⁵ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 166.

categoría de bienes jurídicos objetivos, el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad, el derecho al honor y, también, la propia libertad de actuar.²⁴⁶

9.1.3. La estimación económica de la vida humana

Regularmente, el tema planteado se resuelve judicialmente en función de la prueba de lucro cesante y en razón de una suerte de presunción legal que estima un contenido mínimo del daño patrimonial experimentado por la pérdida de la vida humana, teniendo como parámetro, por ejemplo, lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos de la persona fallecida.

La vida humana, además del valor moral que representa, tiene un valor económico en sí misma, cuya pérdida debe ser indemnizada y a cuyo fin se presume la existencia del perjuicio.²⁴⁷

Se resuelve el problema tratado del resarcimiento del concepto valor vida teniendo en cuenta que la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y ético, constituye un bien susceptible de apreciación pecuniaria y, en tal sentido, su pérdida se debe indemnizar teniendo en cuenta todas las manifestaciones de la actividad que puedan ser debidamente valoradas, tanto actuales como futuras, así como también las circunstancias relativas a quienes reclaman la indemnización.

Inmediatamente nos encontramos con un problema de legitimación, pues, en puridad, lo que corresponde es preguntarse, a los efectos de la reparación civil del resarcimiento de daños, qué perjuicios ocasiona, si los ocasiona, la pérdida de la vida humana. Pero entonces, se pregunta implícitamente por el o los damnificados y el sentido del interrogante se esclarece: la pérdida de la vida humana provoca un daño, pero, ¿a quiénes?

Ni la ley ni los pronunciamientos judiciales han atribuido un valor a la vida humana, independientemente de la consideración de los damnificados por su pérdida.

²⁴⁶ Una de las características del daño no patrimonial es que no es susceptible de ser valorado económicamente. Por esta razón, la indemnización en estos casos no puede reponer a la víctima a la situación en la que se encontraba con anterioridad, sino tan solo *compensarla económicamente*. Dentro de esta categoría no debemos dejar de mencionar al daño corporal. El daño corporal es la lesión que sufre el cuerpo de una persona como consecuencia del evento dañoso. Comprende la lesión física, con secuelas o sin secuelas, y el fallecimiento. Estos daños presentan cierta dificultad para su valoración, porque la incidencia de las lesiones no es la misma en cada persona y porque estas siempre afectan la capacidad de trabajo de la persona, ya sea temporalmente o de manera permanente.

²⁴⁷ Siguiendo la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, de manera general encontramos las siguientes modalidades de perjuicio extrapatrimonial: el daño moral, otros daños extrapatrimoniales, el daño estético, el daño psíquico y la pérdida de oportunidad.

De modo que podría decirse, a lo sumo, que lo que ella pretende significar es que la vida humana tiene un valor económico para alguien.

Evidentemente, no para la víctima del homicidio, pues, como bien se apunta, el interfecto ya no es sujeto de derecho, no es un damnificado en el sentido jurídico, pues no ha sufrido un menoscabo patrimonial ni moral por su propia muerte.²⁴⁸

9.1.4. Protección, disposición y colisiones normativas de la existencia del nasciturus

El nasciturus es concebido aún como el no nacido, es el ser humano en el período de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, este se desarrolla en las distintas fases de embrión y de feto.

¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Es el dilema que intenta encontrar respuesta la más precisa de acuerdo con los conocimientos científicos actuales.

La biología moderna enseña que los progenitores están unidos por un eslabón material continuo, de manera que la fertilización de la célula femenina por la célula masculina surgirá un nuevo miembro de la especie; la vida tiene una historia muy larga pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento mismo de su concepción.

El nasciturus es pues un nuevo ser humano distinto a sus padres, con su propio código genético y su propio sistema inmunológico, si bien precisa de un entorno necesario para su vida y desarrollo, lo que no le niega su individualidad y su condición de ser humano.

El desarrollo del cigoto, del embrión y del feto se producen por una capacidad propia del nuevo ser, la misma que está unida a la relación con el medio, en que cada momento de su vida, se desenvuelve, por tanto, de un nuevo ser humano, revestido de toda su dignidad y de todos los derechos que al hombre le corresponden como tal.

El nasciturus por tanto es una persona desde sus fases embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el derecho positivo, superando la condición decimonónica de la persona y tomando el concepto con absoluta amplitud y transversalidad del concepto constitucional derivado del art. 45 de la Constitución de la

²⁴⁸ Los damnificados son los que le sobreviven, aquellas personas que, de allí en más, se verán privadas del valor económico que representaba para ellas la vida de la víctima. Ocurre que hay ciertos damnificados, la viuda y sus herederos, los que tienen legalmente el derecho a una indemnización. Y a su reclamo no puede oponerse la circunstancia de que se ha no acreditado en qué consiste el daño, pues la ley les confiere el derecho, independientemente de tal acreditación. En este contexto, como anticipábamos, se dice que la vida tiene un valor económico en sí misma, según la prudente valoración judicial; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 173.

República, esto es, la consecuencia del reconocimiento como sujeto titular de los derechos que le son inherentes a todo ser humano.

Dejemos en evidencia la incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico que, mientras que en el Código Civil se mantiene el concepto decimonónico, de otro lado es una incongruencia que al nasciturus, desde la perspectiva del derecho civil, se le proteja todos los efectos que le sean favorables conforme el art. 60²⁴⁹ se le reconozcan ciertos derechos civiles (El nacimiento de una persona, fija el principio de su existencia legal, recibir donaciones y derecho a la herencia) y se le niegue su dignidad y sus derechos fundamentales.

El nasciturus como tal no ostenta la titularidad del derecho a la vida, por no ser considerado persona, si es susceptible de protección en su vida como un bien protegido por la Constitución, misma protección que puede restringir la libertad de la mujer de poder decidir sobre la existencia del nasciturus, es aquí donde aparece la tensión de derechos y el subsecuente dilema a resolverlos.

El enfoque del trabajo de investigación tiene como objetivo identificar los beneficios y mecanismos de tutela judicial de los derechos de las personas, especialmente aquellos que hacen relación con su integridad física como psíquica y su relación con los custodios de que este servicio de bienestar esté siempre presente, la defensa del derecho a la vida del nasciturus no solo tiene fundamento legal y constitucional, sino internacional, mediante la ratificación de Tratados de Derechos Humanos que, de conformidad con el art. 424²⁵⁰ de la Constitución de la República, prevé que la norma constitucional prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el

²⁴⁹ Ecuador, *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005. Artículo 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.

²⁵⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008. Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos a la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El hecho de no considerar al no nacido como ser humano —por disposición del Código Civil— no exime al Estado de darle protección y máxime en que su reconocimiento es legal, y al suscitarse el conflicto entre derechos del no nacido y derechos de la madre, debe tenerse en cuenta que en muchas situaciones se puede limitar a la mujer y protegerse al que está por nacer, ya que su vida potencial es inherente al concepto de dignidad humana, no puede plantearse en respeto a la vida humana sin que se reconozca que el que está por nacer, hace parte de esta cadena de existencia que se inicia con la concepción.

Los sistemas Internacionales de Derechos Humanos, el Estado ecuatoriano, como se afirmó de modo reiterativo, se formula y perfila bajo una estructura normativa en reconocimiento de la vida humana —del ser humano que está por nacer o llamado *nasciturus*— perfil que encuentra en la sociedad una marcada antítesis de derechos de este nuevo ser y la madre.

De lo dicho, es clarísima la protección constitucional de la vida desde su concepción, más son evidentes las ambigüedades y antinomias normativas y la diversidad de los mecanismos de protección del *nasciturus*.

La garantía de la vida desde la concepción es por cierto el mayor seguro constitucional que cuenta quien está por nacer, el art. 45 de la Constitución distingue que el Estado, reconoce y garantiza la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (...). En el Código de la Niñez y Adolescencia en su

Artículo. 20 reconoce el derecho a la vida. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíbe los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niñas, niños y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. (...) disposiciones con contenido identificador que la concepción tiene base en la fecundación la cual se da en un período corto de veinte y cuatro horas en el cual procede la reproducción en el que se origina la vida de un ser, mismo que es abordado en varios niveles biológicos, molecular, genético, celular, endócrino y poblacional; biológicamente la concepción es la fusión de dos células, llamadas gametos, uno masculino el espermatozoide y otro femenino óvulo.

La condición humana del *nasciturus* pertenece a la especie humana, considerando que el nuevo ser es productor de la fecundación, esto se produce por el

material genético que se recibe por parte de los progenitores quienes otorgan a la unidad celular las diferentes características para que se produzca la vida, procreando un ser único.

El derecho a la tutela judicial del *nasciturus*, encuentra su mayor frontera debido a la legislación interna que presupone ciertamente un derecho controvertido, con la dotación y observancia de los derechos del concebido, y aquellos mismos protectivos del *nasciturus* que presupone la personalidad del embrión o feto o solo la existencia de vida humana, pero carente de personalidad.

Mas, cuando se adopte la última tesis, cualquiera que fuera, habrá de concordar en que existe en el *nasciturus* el *derecho de nacer*, como manifestación propia y particular del vivir.

La muerte prematura del feto a consecuencia de un hecho o acto ilícito no frustra la posibilidad cierta de que la vida humana intrauterina existe ya.

Desde esta perspectiva el aborto accidental debe interesarse como verdadero perjuicio patrimonial futuro, porque toda vida humana, aunque se trate de un feto de escasos meses de gestación, tiene un valor por sí mismo, ilógicamente indispensable, aunque por tratarse de una criatura por nacer no pueden demostrarse los perjuicios sufridos.

Lo que se indemniza es el daño material e inmaterial resultante de la frustración de la esperanza de que en el futuro la criatura por nacer pudiera ayudar económicamente a sus progenitores y prestarles el debido cuidado personal, lo que no solo tiene un valor sentimental, sino también económico.²⁵¹

Esta tesis inicia identificando que el derecho a la vida como el primero y el más fundamental de los derechos humanos, es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible, realidad fáctica y normativa que exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su extinción.

La paradoja es que este derecho —la vida— es entre los derechos humanos el que más viene siendo objeto de interpretaciones restrictivas, cediendo frente a otros

²⁵¹ Como se ve, los argumentos transitan por los cauces jurisprudenciales relativos a la indemnización del daño producido por la muerte de niños. También en el caso del aborto accidental habrá un daño patrimonial expresado en la pérdida de chances: la eventual ayuda que, alguna vez, ese ser, nacido y adulto, podría prestar a sus progenitores. No hace falta, creemos, un análisis detenido para advertir que esa expectativa no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva. El daño que la pérdida accidental del feto produce es, no cabe duda, un daño no patrimonial que, como tal, debe ser indemnizado. Tanto más, la ratificación y confirmación que el perjuicio provoca además producen daños extra patrimoniales, en este caso el daño moral derivado del proyecto de vida atrasado por los progenitores. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 173.

derechos de menor rango e incluso a ciertos legítimos deseos que no merecen el calificativo de derechos, como pueden ser los de la mujer a su propio cuerpo —que se antepone al derecho de la vida del hijo y así se justifica el aborto— o el derecho al hijo, pretendiendo derecho que no es más que un deseo no calificado de derecho, o los científicos a investigar, incluso el derecho a la salud de los restantes derechos humanos.

Se produce de este modo una inversión de valores, en la que los derechos secundarios se anteponen al principal derecho a la vida. Nos hallamos ante esta perversa concepción del derecho, la persona ya no es sujeto de derecho, ya no es un fin en sí misma como ser trascendental, sino objeto de los derechos de otros y del negocio jurídico.

Que quede claro que la vida del *nasciturus* no es el derecho fundamental en sí mismo, sino un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del Art. 45 de la CRE por lo que no cabe invocar la garantía constitucional que reserva a los derechos y libertades, siendo así, el Estado tiene el deber de abstenerse, interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma.

Al considerar la vida del *nasciturus* como un bien jurídico, se somete a la voluntad de los legítimos titulares de ese bien jurídico protegido (los padres), quienes pueden disponer de él.

En el derecho penal el aborto se encuentra fuertemente condicionado a la valoración social que se ha concebido a la vida intrauterina.

El bien jurídico protegido en el COIP castiga la agresión sexual y el producto de ella, así en el art. 171 a la violación sexual como el acceso carnal está tipificado como delito de violación, que revela sanciones caracterizadas por su alto rigor.

Las consecuencias de la violencia sexual son múltiples y afectan a todos los aspectos de la vida, sobre la salud física, heridas, embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, disfunciones sexuales. Y, consecuencias de daño también a la salud mental como depresión, baja autoestima, estrés postraumático e ideas de suicidio, perjuicios estos que deberán ser reparados mediante las acciones que la misma ley prevé, eso sí sin dejar de lado que la consecuencia de la violación pudiera ser la existencia de un nuevo ser que es el punto neurálgico cuyo debate en el Ecuador y en el mundo entero parece no tener fin, se trata pues de la colisión de derechos sin resolución dados los matices sociales, culturales, éticos, biológicos y sobre todo humanos.

9.2. Los daños a la salud

El daño a la salud alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, con prescindencia de su magnitud e intensidad.

Es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona. Por ello, al encarar la indemnización de los daños producidos por ataques a la integridad personal tema que habitualmente se generaliza, aludiendo al delito típico, la doctrina suele resaltar que el resarcimiento no debe circunscribirse a lo que, tradicionalmente, podría considerarse como lucro cesante derivado de la incapacidad para el trabajo, fuere temporal o permanente. Es cierto que las ganancias que la víctima dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento integran la cuenta indemnizatoria por lucro cesante.

Y también lo integrarán el lucro cesante futuro que pueda derivarse de secuelas permanentes que disminuyen la capacidad laboral de la víctima. Pero, ¿se agotan ahí los daños inferidos por el ataque a la integridad personal? Según señala Mosset Iturraspe, la cuenta indemnizatoria civil no puede asimilarse a la de los infortunios laborales que se atiene, si, alguna consideración puramente objetiva de la capacidad para el trabajo, en el derecho civil, a diferencia de la Moral, es de toda vigencia el principio de reparación integral del daño.

Para un concepto integral del resarcimiento se precisa librar una batalla en el doble frente, laboral y civil, específico y genérico, por qué la indemnización plena hora de comprender todos los perjuicios físicos, patrimoniales, familiares y laborales. Los ataques a la integridad personal menoscaban indirectamente intereses patrimoniales, pero directamente importan, por sí mismos, un daño a intereses legítimos que exceden la patrimonialidad atribuida al sujeto, a la persona. Si aquella integridad es, como decíamos antes, una suerte de extensión del mismo derecho a la vida, las afrentas a la integridad corporal y psíquica, cualesquiera sean, infieren un daño directo a esa integridad y, por lo tanto, son susceptibles de reparación. Pero, con esta importante advertencia al respecto, no debe confundirse el bien y sus caracteres con el menoscabo producido al atacarlo: el bien no es el daño que su presión produce. Solo se repara algo,

dentro de las posibilidades humanas, ciertas consecuencias del ataque, pero no hay reemplazo ni recuperación.²⁵²

9.2.1. Lesión o daño estético

La lesión estética o daño estético puede constituir un daño patrimonial o no. Lo constituirá si repercute en el futuro a las posibilidades económicas de la víctima. Es decir, si infiere un daño consistente en la imposibilidad de continuar desarrollando una actividad productiva: un actor de cine o una modelo publicitaria que, a raíz de la lesión estética, se ven imposibilitados de continuar desarrollando sus respectivas actividades, si les causa una disminución de ganancias, etc.

Pero no constituirá daño patrimonial cuando no provoque un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Sin embargo, en este último caso, es indemnizable el daño directo al interés no patrimonial que encierra la visión estética.

Cuando la lesión estética provocada a la víctima no tiene una incidencia patrimonial relevante, ella debe ser considerada, estrictamente, como daño moral.

El daño estético se manifiesta en toda especie de desfiguración, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del evento dañoso. Así, la desfiguración del rostro, cicatrices de otras de formaciones anatómicas, como las de una pierna, estrofas, manchas en la piel, etc. Sería imposible, *a priori*, enumerar el elenco de lesiones estéticas que puedan dañar a las personas, dado que cualquier parte del cuerpo puede verse afectada de modo de provocar secuelas en la integridad personal corporal mediante este tipo de lesiones.²⁵³

Equivocadamente, se pretende distinguir entre la lesión estética y el daño moral. La lesión estética debe ser diferenciada del daño moral, pues mientras la primera constituye un daño material derivado de la desfiguración permanente e incide sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre su vida de relación, el daño moral consiste en el resarcimiento de la lesión a las afecciones íntimas del damnificado y se encuentra circunscrito al plano espiritual.

²⁵² Una de las más importantes aplicaciones que se hacen, respecto a la reparación del daño directo, no patrimonial o, mejor dicho, no necesariamente patrimonial. Más, en una larga e interminable cadena de daños que sería inútil enlistarlos, se registran casos en que se demandan a clínicas y a médicos a indemnizar a la paciente por falta de atención, quien debe ser operada de urgencia provocándole la incapacidad para procrear, o a resarcir las lesiones provocadas en un niño recién nacido que se encontraba en una incubadora a consecuencia de una elevada temperatura etc. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 189.

²⁵³ *Ibíd.*, 191.

Siguiendo esta línea de pensamiento se ha considerado también que la lesión estética consiste en la alteración de la apariencia física del damnificado, por lo común en virtud de cicatrices en lugares del cuerpo normalmente expuestas a la vista y con mayor frecuencia en el rostro, limitando a la víctima en el normal desarrollo de su vida de relación y ocasionándole, por consiguiente, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

La lesión psíquica se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarda adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entraña una significativa descompensación que perturba su integridad en el medio social.

Creemos que este tipo de razonamiento revela, al menos, una confusión acerca de la naturaleza de los daños que se analizan. Resulta insostenible la tesis de que la lesión estética constituye daño material. Esta indeficiente terminología es el daño patrimonial, es decir, el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, porque acepta un interés económico, patrimonial, del damnificado.

La lesión estética no es un daño material porque incida físicamente sobre la integridad corporal de la víctima, lo ratificamos; es un daño no patrimonial porque afecta a un interés extrapatrimonial de la víctima y trasciende indirectamente en daño patrimonial si repercute, de modo cierto, sobre las posibilidades económicas de aquella. La distinción entre la lesión estética y daño moral es, pues, equivocada.

Además, las afecciones legítimas, que se dicen de orden espiritual, deben traducirse en el marco adecuado de los bienes extrapatrimoniales sobre los que todo sujeto tiene un interés legítimo. Su salud y su integridad corporal son, desde un punto de vista, bienes jurídicos que expresan intereses de afección como todos los que atañen a los atributos de personalidad, como la imagen, el honor, la intimidad, etc. Y su menoscabo no agravió a la esfera de pertenencias del patrimonio salvo indirectamente, en algunos casos, sino, si se quiere, la esfera existencial de la persona.

Concluamos afirmando que las lesiones por sí mismas, y más allá del daño patrimonial que puede provocar indirectamente, constituyen un perjuicio no patrimonial resarcible. Y ese perjuicio no tiene por qué estar en relación con los fines de su valuación o para la consideración de su importancia con un simultáneo daño patrimonial.

9.2.2. Las denominadas lesiones psíquicas-sinistrosis

Parece evidente que el resarcimiento de los daños no debe limitarse a las lesiones físicas. Tanto afectan a la víctima tales lesiones físicas como los trastornos neurológicos y las secuelas que, en la esfera del psiquismo, el evento dañoso puede provocar. Se abre, en este punto, un interesante capítulo del llamado daño psicológico o psíquico.

El daño psicológico, como tal, no es una categoría distinta a la que define el área del daño moral o extrapatrimonial, que, como género mayor, se distingue del daño patrimonial.

No obstante, admitir el resarcimiento del daño psíquico como perjuicio autónomo de orden extrapatrimonial supone tomar en consideración no solo las repercusiones que, en lo espiritual, produce un ataque a bienes extrapatrimoniales del sujeto, sino algo más. Para poder hablar de daños psíquicos propiamente dichos, la sintomatología debe revelar la perturbación del equilibrio espiritual en el ámbito de las patologías psiquiátricas o psicológicas. Pero en ambos casos se trata de daño extrapatrimonial, por cuanto el damnificado ve afectadas proyecciones de su persona en la esfera existencial y psíquica.

Los sufrimientos o padecimientos que comprende el daño moral, tal como se ha entendido tradicionalmente, coinciden con el llamado *duelo normal*, mientras que el *duelo patológico* implica la puesta en marcha de mecanismos de defensa que el ser humano tiende a utilizar para enfrentarse con las situaciones que le generan angustia o que ponen en peligro la estabilidad —homeostasis— del aparato psíquico.

Cuando el perito estima una medida de incapacidad residual es porque considera, con un grado de probabilidad basada en sus conocimientos científicos, en qué medida podrá el sujeto afectado obtener la reparación de esta dolencia a través de una terapia, cómo podrá lograr superar, o no, las secuelas psicopatológicas que produce el evento dañoso. Por ello, el reclamo comprenderá, en estos supuestos, el costo del tratamiento psicoterapéutico y, en su caso, la incapacidad residual estimada.

Por eso, si de acuerdo con lo dictaminado por los peritos el trastorno psíquico es susceptible de tratamiento hasta que desaparezcan los síntomas, lo que corresponde indemnizar es el costo del tratamiento y no la incapacidad.²⁵⁴

²⁵⁴ Las secuelas neurológicas, además, dan lugar al interesante capítulo de la sinistrosis, que puede provocar desde simples dolores de cabeza y parestesias hasta alienación mental. La ciencia médica estudia, particularmente, el llamado síndrome subjetivo de los traumatizados del cráneo de Pierre Marie, la sinistrosis de Brissaud, el histero-traumatismo, las neurastenias postraumáticas, la psicosis epiléptica, la esquizofrenia postraumática, etc. Según Bonnet, los traumatismos craneoencefálicos no engendran una

Deslindadas de la especto causal, las lesiones psíquicas integran los perjuicios indemnizables.

Pueden importar un daño patrimonial indirecto si producen deterioros orgánicos que impiden o dificultan el ejercicio habitual de la actividad laboral de la víctima. Y, en todo caso, infringen un daño no patrimonial directo al disminuir o afectar, de cualquier modo, la integridad personal de ella. De manera que la disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible cuando provoca una incapacidad total y permanente para el trabajo, pero también cuando la víctima no desempeña el momento del hecho ilícito actividad remunerada o lucrativa, lo cual, no obstante, se ha dicho a la existencia del daño.

9.3. El daño moral

Caracterizado el daño moral como el daño no patrimonial, lesión o menoscabo de intereses extrapatrimoniales, nos encontramos con el punto más conflictivo de este tema. ¿Es posible, racionalmente, el resarcimiento de tal menoscabo? Sí lo es, ¿a qué título se resarce a la víctima del daño? Las dos preguntas, conforme fuese la respuesta, inciden de algún modo en lo relativo al ámbito en que el resarcimiento es procedente.

Dos grandes líneas de pensamiento han dividido la doctrina: están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir, una sanción al ofensor, y, por otra parte, la mayoría de los autores prefiere considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Una posición intermedia, ecléctica si se quiere, está dada porque, funcionalmente, la reparación tiene el carácter tanto sancionatorio como resarcitorio, simultáneamente. Dejamos expuesta esta posición como fruto de meditaciones propias, reflexiones que quedan para el debate y las críticas que pudieran surgir de la propuesta.

La tesis que niega la reparación del daño moral como sanción al ofensor parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal. No son susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles; lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor.

Para esta postura, los daños e intereses no tienen aquí un carácter resarcitorio, sino un carácter ejemplar.

personalidad anormal, cualquiera que sea su característica psicopática o psicógena, sino que simplemente obran evidenciándola o agravándola. En otras palabras, el evento dañoso opera activando una concausa preexistente. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 195.

A estos argumentos se han sumado otros, por ejemplo, la inmoralidad de un derecho resarcitorio basado en el dolor y la aflicción.²⁵⁵

En las antípodas, la doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria.

No debe desconocerse que el daño moral constituye lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera personal propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pesar, de las aflicciones y, más aún, que ese dolor o, en general, los sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines compensatorios propiamente dichos, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol *satisfactivo*, en el sentido de reparar el mal causado, aunque no se puedan borrar los defectos del hecho dañoso, cuando se encuentra al ofendido el medio de procurarse *satisfacciones equivalentes* a las que le fueron afectadas.

El daño material y el daño moral, patrimonial y no patrimonial, en cuanto a que no lesiona un bien material, son parte de un todo que casi generalmente se afecta de forma conjunta, salvo situaciones excepcionales; el daño moral no solamente significa para el hombre sufrimientos, angustias, depresión, que son resultados todos inmateriales; también puede resultar un trastorno físico grave en el hombre, como el estrés motivado por la angustia a consecuencia de un agravio físico que termina con un ataque al corazón, así como la persona que es arrebatada de los ahorros de su vida, con los que pensaba solventar necesidades urgentes como adquirir una casa habitación para su familia; ese hecho material le provoca un trastorno moral innegable.

De manera que los límites que separan los efectos del daño, en cuanto a uno y otro bien, son tan sutiles que no permiten concluir, que, salvo excepciones, todo daño material puede implicar un daño moral,²⁵⁶ a su vez, en la persona.

²⁵⁵ Me parece escandaloso, señalaba GABBA, investigar cómo resarcir el dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto. Ripert, la regla moral en las obligaciones civiles. 181. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 199.

²⁵⁶ Es importante tomar en consideración la naturaleza del ente dañado, ya que, como se ha expresado, de ello depende la técnica, el tipo o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele al ente, así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Solemos decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o un ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiera ocasionado. Carlos Fernández Sessarego,

Hay situaciones, que el derecho defiende y tutela, como la vida o la salud, que ocurrido determinado hecho también produce un daño material como la incapacidad para el trabajo, los gastos médicos de curación, honorarios profesionales, gastos de sepelio, etc., por ello se habla de daños patrimoniales indirectos, que es el perjuicio material provocado por el ataque a un derecho extrapatrimonial.

Por tanto, a la simple división de daños patrimoniales y morales se deben sumar otras, que atienden a criterios más específicos e incorporan la lesión a nuevos bienes jurídicamente protegidos, o tiene enfoques comprensivos de la complejidad de ciertos perjuicios.

Roberto Vásquez Ferreira, agrega la que considera el daño cierto y el incierto; cierto, el que tiene una existencia actual o futura; incierto, aquel que puede producirse o no después de dada una causa. Menciona asimismo el daño al interés positivo y al interés negativo; el interés positivo es el que persiguió un contratante al celebrar el acto, que se frustra por el incumplimiento del obligado; negativo, el lucro cesante o el daño emergente causados por la invalidez o la ineficacia del contrato.²⁵⁷

“El daño del proyecto de vida”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, n.º 50 (1996).

²⁵⁷ Siempre se ha considerado la existencia de un modelo vertical en la relación médico-paciente, en el cual “yo médico”, interpuesto entre lo terreno y lo divino, puedo conocer de todo lo que está arriba y del más allá e imponer mi conducta y mi decisión sobre una persona que necesita ser diagnosticada y tratada. Ante estas circunstancias, guardo todo el conocimiento y por él decido y asumo toda la responsabilidad y, por lo tanto, soy introvertido y callado en la relación. Este modelo de relación médico-paciente en sentido vertical, proteccionista, paternalista y decisivo ha cambiado y, de hecho, tenemos una nueva concepción del modelo de relación que debe ser transformado en un modelo horizontal, en el cual dos sujetos de Derecho, amparados y tutelados por el Derecho, van a poner en juego su libre determinación y autonomía de voluntad a los fines de que, ejerciendo este derecho consciente, pueda conseguir de mi médico tratante una relación en la cual dependa y en la cual yo pueda decidir sobre lo que considere mejor para mi propia salud y mi cuerpo. [...] en materia de consentimiento informado, uno de los problemas que se presenta es el referido a la extensión del resarcimiento, es decir, al daño que debe ser reparado en caso que el paciente haya sido intervenido o tratado sin que previamente se le haya requerido el consentimiento informado. En otras palabras y ejemplificando: un paciente es sometido a una coronariografía sin que previamente fuera informado respecto al riesgo de que puede sufrir algún tipo de incapacidad como consecuencia del procedimiento. Supongamos que el estudio médico se realiza siguiendo al pie de la letra la *lex artis*, sin que pueda imputarse a los profesionales culpa alguna, no obstante, ello, el paciente sufre un daño que es producto del propio riesgo de la intervención médica, perjuicio que bien puede ser catalogado como un caso fortuito. En este caso, ¿cuál es el daño que el médico debe indemnizar? ¿Deberá indemnizar todo el daño —incapacidad— o solo el perjuicio de naturaleza extrapatrimonial derivado de la falta de obtención del consentimiento informado? Es que la omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una afrenta a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, no significa que los médicos hayan causado el daño, pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales, sino que constituye un riesgo propio —caso fortuito— de esa intervención. En estos casos, bien se puede decir que no existe relación de causalidad adecuada entre la no obtención del consentimiento informado y el resultado final que obedece al riesgo propio del tratamiento. En todo caso, la indemnización podrá fijarse teniendo en cuenta que la lesión ha recaído sobre un derecho de la personalidad al que podemos llamar como autodeterminación. Pero obviamente que no es lo mismo indemnizar el resultado final o el daño final sufrido por el paciente como consecuencia del tratamiento médico —aun cuando no haya habido culpa

Zavala de González, clasifica los daños resarcibles, tanto patrimoniales como morales, en una forma que llama funcional. Cita las lesiones a la integridad psicofísica de la persona, los daños estéticos, los daños solamente psíquicos, el lucro cesante, consistente en la incapacidad sobreviniente y en la pérdida de chances, el daño a la vida en relación, entre otros.²⁵⁸

Zannoni, incorpora en su clasificación diversas clases de daños que se pueden encontrar en las responsabilidades contractual y extracontractual; entre las de esta menciona los ataques a la vida o a la integridad personal, al honor, las ofensas a la memoria de las personas, los menoscabos al derecho moral de autor, los daños por delitos de seducción, por promesa fraudulenta de matrimonio, por pérdida de bienes patrimoniales con valor de afección, por privación de la libertad.²⁵⁹

profesional— que indemnizar la lesión al derecho de autodeterminación. Christian Larroumet, al referirse a la evolución de la responsabilidad médica, y con especial referencia al tema de la falta de obtención del consentimiento informado, señala que el daño que debe indemnizarse consiste en la privación de la posibilidad del paciente de rechazar el acto médico. Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina* (Buenos Aires: Depalma, 2002), 45.

²⁵⁸ El daño patrimonial es el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, sea directo ocasionado en cosas de dominio oposición de la víctima o bien indirecto por el mal hecho a su persona, derechos o facultades. De esa subdivisión se infiere que el daño es patrimonial con independencia de los bienes menoscabados, Y estos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, lo esencial es la repercusión económica de la lesión, consistente en un perjuicio apreciable pecuniariamente, a diferencia del daño moral. La característica del daño patrimonial, en cuanto mensurable el dinero, no significa que el resarcimiento debe necesariamente ser monetario. En algunos casos es también factible la reparación en especie. El daño patrimonial se distingue en directo o indirecto según la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial de los derechos lesionados. Son daños patrimoniales directos la destrucción o el deterioro de un inmueble o de un automotor, y el incumplimiento por el deudor de una prestación con valor económico, falta de pago del precio de la compraventa o el alquiler de una locación de cosas. Son daños patrimoniales indirectos la pérdida del empleo que tenía una víctima desacreditada por una calumnia, los gastos de asistencia médica de una persona herida en un accidente o el lucro cesante que experimenta y que la incapacita; Matilde Zavala de González, *Actuaciones por daños. Prevenir, indemnizar, sancionar* (Buenos Aires: Depalma, 2004), 116.

²⁵⁹ Al encarar la indemnización de los daños producidos por ataques a la integridad personal, tema que habitualmente se generaliza aludiendo al delito típico, las lesiones, la doctrina suele poner de resalto que el resarcimiento no debe circunscribirse a lo que, tradicionalmente, podría considerarse como lucro cesante derivado de la incapacidad para el trabajo, fuere temporal o permanente. Es cierto que las ganancias que la víctima dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento integran la cuenta indemnizatoria por lucro cesante. Y también la integrarán el lucro cesante futuro que pueda derivarse de secuelas permanentes que disminuyen la capacidad laboral de la víctima. Pero, ¿se agotan ahí los daños inferidos por el ataque a la integridad personal? Según señala Mosset Iturraspe, la cuenta indemnizatoria civil no puede asimilarse a la de los infortunios laborales que se atiene, sí, alguna consideración puramente objetiva de la capacidad para el trabajo, en el Derecho civil, a diferencia de la Moral —dice el autor citado—, es de toda vigencia el principio de reparación integral del daño. Para un concepto integral del resarcimiento, se precisa librar una batalla en el doble frente, laboral y civil, específico y genérico, por qué la indemnización plena hora de comprender todos los perjuicios físicos, patrimoniales, familiares y laborales. [...] los ataques a la integridad personal menoscaban indirectamente intereses patrimoniales, pero directamente importan, por sí mismos, un daño a intereses legítimos que exceden la patrimonialidad atribuida al sujeto, a la persona. Si aquella integridad es, como decíamos antes, una suerte de extensión del mismo derecho a la vida, las afrentas a la integridad corporal y psíquica, cualesquiera que sean, infieren un daño directo a esa integridad y, por lo tanto, son susceptibles de reparación. Pero con esta importante advertencia al respecto: no debe confundirse el bien y sus caracteres con el menoscabo

Mosset Iturraspe, sostiene que el daño debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético para ser indispensable. Aclara que la existencia de que el daño sea cierto no implica que debe ser actual, pues también es indemnizarle el daño futuro-cierto. Asimismo, resalta la importancia de no confundir la certeza con la fatalidad, tomando en consideración que el daño probable que verosímilmente ocurrirá también debe indemnizarse.²⁶⁰

Por otro lado, el valor se refiere, por una parte, al rango del interés. El derecho a la vida humana, por ejemplo, tiene una jerarquía más alta que la propiedad de un libro o el interés de obtener beneficios económicos. Así lo demuestran muchas Constituciones²⁶¹ o Convenios Internacionales, como, por ejemplo, la Convención de Derechos Humanos.

En Ecuador, este derecho de acceder a la reparación del daño moral relativamente es nuevo, en comparación con legislaciones vecinas de Latinoamérica; el alcance de la norma jurídica no es sino con la expedición de la Ley 171 en 1984, que modificó el Código Civil ecuatoriano, en que hace su entrada esta institución con el objeto de llenar un vacío legal ante las nuevas normas jurídicas referente a esta clase de daños.

El propio autor de la ley, el doctor Gil Barragán Romero, afirmaba, en aquel entonces que, en la mayor parte de las materias jurídicas, la doctrina es familiar para jueces y abogados, la experiencia judicial es muy amplia y son abundantes los pronunciamientos jurisprudenciales. En cambio, sobre el daño moral se ha publicado poco y no hay decisiones judiciales para conformar jurisprudencia.

El fundamento de esta institución jurídica en Ecuador, por lo mismo, está constituido en un vacío contrario a la evolución jurídica, que concierne a una de las áreas en que más claramente se ha manifestado el progreso del derecho. Una de sus principales características es haber vuelto su mirada al hombre y a su relación con los demás, después de siglos durante los cuales centró su interés en aspectos patrimoniales. Este cambio se evidencia, entre otras de sus excepciones, en la aparición de nuevas

producido al atacarlo, el bien no es el daño que su presión produce. Solo se repara algo dentro de las posibilidades humanas, ciertas consecuencias del ataque, pero no hay reemplazo ni recuperación [...]; Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*, 189.

²⁶⁰ Jorge Mosser Iturraspe, *Responsabilidad por daños* (Santa Fe: Rubinzal Culzone, 2004), 258.

²⁶¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida.No habrá pena de muerte.

formas de responsabilidad civil que obligan a las personas a reparar los daños causados por otras, entre ellos los que afectan el espíritu.

Se debe al derecho francés haber iniciado esta transformación, apartándose del del cual fue heredero. En su Código Civil declaró que se debe indemnizar todo daño resultante de culpa e inclusive facilitó la acción de la víctima, dispensándola en algunos casos de probar la culpa del autor del daño mediante la atribución de especial valor probatorio a las presunciones de responsabilidad, como a tratarse de los daños causados por las cosas inanimadas.

El derecho galo atacó de esta manera la santidad del derecho histórico, el del pasado, y comprendió que este producto social se debe renovar como la sociedad misma. Inició una apertura para clamar por responsabilidades hasta entonces inéditas, como la responsabilidad sin culpa, cuyo más claro ejemplo es el del empleador por daños sufridos por el trabajador.

Este daño, privación o disminución de bienes como la paz, tranquilidad de espíritu, el honor, los afectos más sagrados, *in re ipsa*, resulta del hecho antijurídico que lo provoca, de modo que también en él la prueba consiste esencialmente en la demostración de tal hecho y su relación con la víctima. El progreso social, en todos los órdenes, se refleja en la mentalidad del hombre y, ahora busca seguridad y respeto a sus derechos y exigir la reparación de los daños que se le causan; el derecho se hace eco de esta aspiración, lo cual se advierte con claridad en lo resarcitorio. Se ha dicho con razón que, jurídicamente, vivimos en la era del daño.

Todas estas consideraciones conceptuales, no tendrían valor ni contenido si no fueran explicitados y aplicados en casos reales. En el juicio ordinario número 17711-2014-0158, en el proceso que sigue María Augusta Aguirre Troya en contra de Blum Pinto Bernardo, la Corte Nacional de Justicia (CNJ), Sala de lo Civil y Mercantil, aquí, la madre de un niño nacido con Síndrome de Down, fórmula demanda de responsabilidad civil para que se reconozcan los daños producidos, en reclamación de indemnización porque, durante la gestación, la madre se sometió a una prueba de diagnóstico prenatal y no se le comunicó por el servicio hospitalario a través del médico tratante que el feto padecía de Síndrome de Down. La Sala de lo Civil y Mercantil de la CNJ, manifestó que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y que, como tal, forma parte de toda actuación asistencial, hallándose incluido dentro de las obligaciones de medios asumidas por el médico.

Tras todo ese razonamiento, el Tribunal que examinó el caso, dado que no se informó o explicó a la paciente las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, se establece una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del médico y el derecho de la mujer a ser *informada de una forma suficientemente clara y completa* sobre el resultado del diagnóstico para poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo.²⁶²

9.4. El daño emergente, el lucro cesante

Nuestro Código Civil trae la tradicional clasificación del perjuicio debido al daño emergente y al lucro cesante:

Artículo 1572 Código Civil.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

²⁶² Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio ordinario 17711-20 14-0158 María Augusta Aguirre Troya en contra de Blum Pinto Bernardo. [...] a foja 384 cómo está el examen de citomegalovirus de 23 de marzo de 2010 en que se determina que la actora exportadora de ese virus y a foja 386 figura el examen correspondiente a Harry Reiter, en que también obra que se encuentra infectado por el citomegalovirus. El Tribunal Supremo en España, en sentencia número 244-2014, en que un niño nació con Síndrome de Morris —trastorno de diferenciación sexual— se señaló que: siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del centro hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que presenta su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideres más conveniente, tanto para el presente como para el futuro. [...]. Si bien en España se permite el aborto eugenésico y es por eso la importancia del derecho a la información en este caso, en lo pertinente a esta sentencia citada, los efectos en el caso que nos ocupa se centran en el derecho a la información-contemplado en la ley de los pacientes. Lo relevante es que se hubiera ofrecido a la familia posibilidades de usar su derecho en un supuesto legal diferente, con unas condiciones diferentes y con una información diferente. Y por ello, existe la posibilidad de una decisión diferente. Es lo que se conoce en la doctrina como la pérdida de oportunidades. [...] por otro lado y como bien lo señala la referida sentencia, en estos casos el daño moral se acreditará en el impacto psíquico que la sorpresa del nacimiento de un ser discapacitado causa de los progenitores que reciben previamente un falso negativo, además del sufrimiento por la constante contemplación de la situación desvalida del hijo enfermo y la preocupación por una situación futura; como daño patrimonial se consideran los gastos que la atención médica del niño generen para el patrimonio de los progenitores. Es de suma importancia recalcar, en este caso, que lo importante es el derecho a la información de la mujer embarazada, no el hecho de que el citomegalovirus sea tratable o no en el embarazo o después de este, o si este tuvo o no consecuencias en el hijo de la actora. El demandado faltó a uno de sus deberes como médico y era de brindar a su paciente una información veraz y oportuna, ya que el simple hecho de enterarse de que el hijo que se espera tiene alguna deficiencia o un determinado virus genera en los padres gran impacto psicológico y preocupación. Otro punto a ser destacado y que se deja claro para evitar confusiones, es que el profesional médico que actúa conforme a la *lex artis* no tiene por qué responder por lo que no hayan revelado los exámenes, pero sí tuvo conocimiento de alguna anomalía y no la informó a la paciente, entonces se encaja en una actuación negligente de su parte, por lo que para relevarlo de toda responsabilidad se tendrá que comprobar que pudo haberse emitido un diagnóstico correcto.

El daño patrimonial está compuesto por dos rubros: el daño emergente y el lucro o beneficio cesante. El daño emergente es aquel que produce una pérdida en los bienes ya existentes o perjuicio económicamente sufrido. Como si se destruye la casa y el auto que el sujeto ya posee y los gastos que debe realizar para curarse o enterrar al pariente fallecido.

El lucro cesante es la ganancia cierta que el damnificado iba a obtener y que ya no podrá hacerlo por la ocurrencia del daño, como, por ejemplo, el taxista que no puede trabajar porque otra persona le chocó el auto y debe repararlo, o el empresario de espectáculos porque el artista se niega a cantar, o la viuda e hijos que ya no contarán con el sustento del esposo y padre.

En el daño emergente hay un empobrecimiento y en el lucro cesante existe la frustración de un enriquecimiento legítimo.

El lucro cesante es la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo. Si bien el lucro cesante no se presume, siendo a cargo del interesado la acreditación de su existencia fundada en pautas objetivas, no se requiere para ello la absoluta certeza de que el lucro esperado no se hubiera obtenido, bastando a los fines de su resarcimiento una probabilidad suficiente del beneficio económico.

En el lucro cesante a veces está comprendida la incapacidad que puede sufrir una persona como consecuencia de otra: el resarcimiento por incapacidad parcial y permanente absorbe el lucro cesante, ya que, al ponderarse la incapacidad, se computan los posibles ingresos frustrados por la minusvalía funcional desde el momento del accidente.

En otros casos, es más correcto distinguir el lucro cesante de la incapacidad. La incapacidad es un rubro indemnizable por sí mismo dentro del daño emergente. El lucro cesante debe ser adecuadamente distinguido de la indemnización por incapacidad permanente, lo que hace que sea posible que se acoja el reclamo uno y se rechace el otro.

La incapacidad permanente, sea para las actividades laborales o de otra índole, debe ser resarcida, aunque la víctima no haya dejado de ganar, pues la integridad física, en la medida de la chance frustrada, tiene en sí mismo un valor indemnizable.

El lucro cesante conjuga, en cambio, las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, que responde a la incapacidad total o parcial, pero transitoria.

Así, la disminución en las actitudes físicas o psíquicas en forma permanente, debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de esta personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.²⁶³

Considerar la incapacidad como un rubro indemnizable por sí mismo permite, por ejemplo, otorgarla a personas con debilidades mentales, aunque sea a título de chance.

A los efectos de la procedencia de la incapacidad sobreviniente, respecto de una persona que padece de una enfermedad mental, corresponde, puntualizar que no todos quienes se encuentran en esta situación carecen de la posibilidad de obtener beneficios patrimoniales mediante el desarrollo de aptitudes productivas, razón por la cual deberá apreciarse la pérdida de chance, es decir, el grado de probabilidad futura.

Normalmente los hechos ilícitos, contractuales y aquilianos, producen ambos tipos de daño, lucro cesante y daño emergente, como, por ejemplo, el comerciante que, ante el apagón provocado, demanda que la empresa de electricidad le pague la mercadería que se le arruinó y los días que perdió por no tener el producto a temperaturas bajas para evitar su deterioro.

Respecto del daño emergente y del lucro cesante, ambos deben ser demostrados con claridad por quien dice haberlos sufrido. Por ello, no basta con acreditar que el damnificado estuvo imposibilitado de realizar alguna tarea dentro de un lapso, sino que es necesario aportar elementos de convicción reveladores de que se frustró una ganancia que efectivamente hubiera recibido de no haber existido las lesiones derivadas del accidente.

9.5. Daño al proyecto de vida

El Premio Nobel G. S. Becker expresa que el individuo inserto en la familia, como modelo desde la perspectiva neoclásica, se inscribe en un proceso decisonal anterior a él, pues se trata de construcciones internas producidas incluso

²⁶³ López Herrera, *Manual de responsabilidad civil*, 155.

generacionalmente: 1. Que le son ajenas; 2. Que lo colocan en un lugar biológico-cultural, como condicionamientos, y 3. Que se insertan en un contexto, sea estos sistemas políticos, económicos, culturales, etc.²⁶⁴

Habermas, ratificando lo expuesto, señala que el proyecto de vida a partir de la memoria de la humanidad se estructura en concreto en esos niveles: el sistémico como contexto y los condicionamientos familiares, individuales, territoriales, etc.

El proyecto de vida entonces es un proceso de transformación, que acompaña al individuo desde antes de su nacimiento —*memoria histórica*— y que permite al ser humano desarrollar ese proyecto, pero dentro de los sistemas y con condicionamiento de tal forma que es individual, pero simultáneamente colectivo²⁶⁵ y social, y que puede resultar positivo con felicidad y negativo en infelicidad.

Aquí reside el daño más importante y trascendente: la privación por la desigualdad de oportunidades para proyectos de calidad de vida y de felicidad.

En esto el individuo, como sujeto social, depende del Estado en la forma de redistribución de las posibilidades económicas, culturales, etc., donde luego su esfuerzo y sacrificio pueden ser variables a considerar ante un impedimento general de la protección del derecho.²⁶⁶

El proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potenciales y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.²⁶⁷

9.6. Evolución: el daño a la persona

Con respecto al daño resulta prudente detenerse en el daño a la persona, el cual recae sobre el ser humano como sujeto de derecho. Mientras que el daño moral posee

²⁶⁴ Gary. S. Becker, *Tratado de familia* (Madrid: Alianza, 1987), 43.

²⁶⁵ En el ámbito colectivo se comprueba que el constituyente ha priorizado la defensa de los derechos colectivos, otorgando para ello legitimación a cualquier persona con tal que acredite su carácter de habitante, al margen del daño individual que le pueda causar la acción u omisión ya que el interés jurídico, que en tal caso asiste al actor, es la propia violación del derecho perteneciente a la colectividad de la cual es parte.

²⁶⁶ Corresponde denegar la habitación solicitada del joven con Síndrome de Down al que se le diagnosticó una deficiencia mental de grado leve y decretar la incapacidad parcial para realizar actos de disposición y administración y garantías de bienes inmuebles, muebles registrables y otros bienes [...] y por cualquier título inclusive los que refieran a aceptación de herencias donaciones o gravar los mismos y para realizar actos que importen su estado civil, reconocer hijos u obligaciones alimentarias, ocupar cargos electivos públicos o privados en los que intervenga de administrador o director y para intervenir en juicio, conservando sus derechos electorales activos como de elección [...] S. J. A. s. Inhabilitación, Juzgado Civil y Comercial Ciudad de Federación (Entre Ríos) (18.5.07) MJJ2051.

²⁶⁷ CIDH. Caso Loaiza Tamaño vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párrafo 147.

un carácter psicosomático, Zannoni²⁶⁸ explica que daño se refiere al dolor y la aflicción en el orden moral que provoca vergüenza, emoción, constituye una sensación compleja y dolorosa, a pesar que este puede traer como consecuencia jurídica un resarcimiento pecuniario, no provoca afectaciones físicas, ni económicas, solo morales, y es transitorio, no constituye una afectación permanente.

El daño a la persona difiere del daño moral puesto que sus efectos no desaparecen, en especial cuando se daña el proyecto existencial de alguien. La legislación peruana²⁶⁹ ha establecido que la denominación de daño a la persona deja de lado los daños que se pueden causar al concebido,²⁷⁰ por lo que se ha preferido denominarle daño subjetivo, es decir, aquel daño que atenta contra el sujeto de derecho. El propósito de esta distinción se sustenta en hacer hincapié en una perspectiva de análisis basada en la persona.

La filosofía que inspira rescata el valor de la persona humana del olvido en que la colocaron las legislaciones, lideradas por el Código Civil francés y las codificaciones latinoamericanas que la siguieron. Sobre ello, Fernández Sessarego²⁷¹ valora que se coloca a la persona como sujeto de derecho en el centro y término de relaciones jurídicas, se considera un eje que resulta insustituible en el derecho, por lo que esta concepción considera al patrimonio como un instrumento del que se vale la persona para el desenvolvimiento de la personalidad.²⁷²

En el mismo orden del elemento principal de la teoría tridimensional del derecho es la conducta humana. Al lado de las conductas están las normativas, que no son más que una relación de conductas y son neutras; por ello, es necesario realizar una valoración de dichos comportamientos partiendo del valor mismo del ser humano. Aspectos que de forma independiente en abstracto interactúan de forma simultánea.

Cuando se causa un daño a la persona se debe reparar y la normativa recoge que ante ello se cumplirá con la obligación de indemnizar, no así cuando es un hecho propio

²⁶⁸ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Astrea, 1987), 23.

²⁶⁹ Carlos Cárdenas Quiroz, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984*, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas Facultad de Derecho Universidad de San Marcos*, (1989), 68.

²⁷⁰ “De pronto puede causarse el daño a la sociedad, entendida como colectividad de personas afectadas por un mismo hecho antijurídico, lo cual importaría también un daño subjetivo, como en el caso de los daños que se causaron al candelabro que forma parte del conjunto de las líneas de Nazca”.

²⁷¹ Carlos Fernández Sessarego, “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”. *Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano* (Lima: Studium, 1986), 3.

²⁷² Delia Revoredo de Debakley, comp., *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, (Lima: Universidad Andina del Cuzco, 1992), 37.

que cause determinado perjuicio; sin embargo, por su naturaleza no tendrá consecuencias jurídicas. Es determinante para que se produzca un efecto jurídico, no el hecho que generó el daño, sino el daño en sí. La existencia del hecho humano constituye un nexo de causalidad indirecta, atendiendo a que la reacción jurídica no se produce directamente contra el hecho humano, sino cuando, a consecuencia de este, se produce un daño.

El daño no es afectación jurídica abstracta de un interés. Ello significa agotar el daño desde la antijuridicidad. En consonancia ello, el daño analizado no afecta a la sociedad de manera directa sino a la persona en sí. Otras materias del derecho, como la penal y administrativa, se ocupan de las lesiones que afectan a normas de convivencia; en cambio, la responsabilidad civil protege el daño resarcible para la víctima.

Las condiciones para que se manifieste el daño en la persona son:

- a) El daño será cierto.
- b) La condición de la víctima: identidad entre la persona dañada y la persona perjudicada.
- c) La condición del obligado.
- d) El beneficio solicitado estará reconocido por el ordenamiento jurídico.

Igualmente, existe un daño que doctrinalmente está definido como aquel que está sujeto a la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito, que concurren con este a la formación del perjuicio²⁷³ y es el llamado *daño eventual*, ante el cual la víctima no va a tener posibilidades de resarcimiento, puesto que no existe un criterio *a priori* para establecer la certeza de este daño. Una parte de la doctrina expone que este es indemnizable cuando sea virtual.

El daño virtual se aproxima al daño futuro²⁷⁴ sucede cuando, en el curso de los acontecimientos normales, el daño muy seguramente se producirá. La diferencia es de grado. En cambio, el daño futuro implica la posibilidad efectiva de que el daño se va a producir. Adriano de Cupis señala: “respecto de la actividad del daño califica como una función profética la proferida por el Juez, porque tiene que leer el futuro en el presente:

²⁷³ Roberto H. Brebbia, *El daño moral* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950), 65.

²⁷⁴ Afirma Brebbia que: “Si el Juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es porque se halla capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio, en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho ocasionaría más adelante, cálculo que no puede de manera alguna efectuar, a menos de entrar en el terreno movedizo e incierto de las conjeturas, cuando la existencia del agravio depende de la producción de una serie de hechos contingentes y extraños al hecho ilícito en cuestión”, *ibíd.*, 65.

otorgará indemnización en la medida de que vea el daño futuro como relativamente cierto”.²⁷⁵

La jurisprudencia y la doctrina reconocen que el daño es personal, lo que implica que solo el afectado o sus familiares son los legitimados para solicitar su reparación²⁷⁶ sobre la base del principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, ni mucho menos pretender ser indemnizado por un daño que no ha sufrido, se presenta una situación polémica cuando solo la víctima puede cobrar sus propios perjuicios morales, su daño emergente y su lucro cesante atendiendo a que esta puede comparecer ante los juzgadores mediante representante legal. ¿Qué ocurre si la persona afectada fallece sin haber sido indemnizada por un daño personal? En este supuesto se presenta el problema relativo a la transmisión del derecho de exigir una indemnización, la dificultad está dada en determinar si el derecho es trasmisible a los herederos.

Si el daño trunca el proyecto existencial de la víctima, no es posible pensar que la indemnización no sea destinada para el propio ofendido, la indemnización es personal, aunque pudiera analizarse que los herederos de la víctima también resultan afectados por la muerte del familiar.

Ante el daño a la persona corresponde una reparación civil mediante una indemnización que se realiza estimando un *quantum* el que debe estar en correspondencia de las consecuencias dañosas.

No siempre un mismo hecho productor dañoso provoca los mismos daños en una persona, esto ocurre porque el ser humano es único e irrepetible, porque a lo largo de su existencia ha ido construyendo un patrimonio espiritual propio. Por eso, la diferencia de cuantía de indemnizaciones no se fundamenta en la discriminación de personas, sino en consecuencias dañosas diferentes.

La persona, por sus especiales características y condiciones, puede sufrir con mayor o menor intensidad el daño.

Sobre el tema, De Trazegnies²⁷⁷ plantea que la apreciación del valor del daño debe hacerse en concreto o en abstracto. Si se pretende que se restituyan las cosas al estado anterior, se debe apreciar el daño concretamente, respondiendo al principio de justicia reparatoria, desde la visión de la víctima. Si se emplean criterios abstractos como

²⁷⁵ Cupis, *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 58.

²⁷⁶ José Pascual Bidart Hernández, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985), 68.

²⁷⁷ Fernando De Trazegnies, *Para Leer el Código Civil. La responsabilidad extracontractual*, t. II (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), 20.

la diligencia del buen padre de familia, se recurre a presunciones de responsabilidad, a la inversión de la carga de la prueba o a la apreciación de mínima negligencia. Ello responde a una razón diferente: a ampliar el espectro de posibilidades de que un hecho sea considerado dentro del campo de la obligación de resarcir.

9.7. Teoría de la pérdida de oportunidad. La vida como daño

La teoría de la pérdida de oportunidad hace referencia a la responsabilidad de un sujeto que por su conducta provoca la privación de la probabilidad de un hecho favorable para otro.

En estos casos, se indemnizan las consecuencias derivadas de una omisión por parte de un sujeto que tenía que haber actuado en un determinado sentido y no lo hizo. La particularidad de esta doctrina reside en lo que se indemniza no es el daño final derivado de la conducta activa del agente, sino el derivado de la pérdida de la posibilidad de que, de no haber mediado la conducta omisiva, ese daño no se hubiera producido. La pérdida de oportunidad es lo que se debe reparar, si bien solo se indemnizará la parte atribuible a las expectativas perdidas, valorada en atención a la probabilidad de evitar el daño final.

La incorporación de esta teoría en el ámbito de la responsabilidad médica supone que, en la práctica, ante la dificultad de prueba del nexo causal entre la actividad médica y el daño sufrido por el paciente, se admitan indemnizaciones asentadas en la privación de la posibilidad de haber evitado el daño —curación o supervivencia— si el profesional médico hubiese actuado de manera diligente —causalidad probable—.

En todo caso resulta evidente que su aplicación no es clara en todos los casos, pues surgen dudas sobre cómo medir el grado de probabilidad, acerca de la determinación del daño reparable e incluso sobre la cuantía de la indemnización.

Son supuestos de pérdida de la oportunidad los siguientes:

El error o un retraso en el diagnóstico, cuando existe una alta probabilidad de que, con motivo de aquellos, se haya acabado la salud del paciente, impidiendo su curación o provocando su fallecimiento.

El error o un retraso en el tratamiento. Tanto en este caso como en el anterior se puede afirmar que la actuación del médico privó al paciente de ciertas expectativas de curación o supervivencia, lo que en sí mismo es considerado un daño.

La infracción de los deberes de información, en los casos en que el paciente, de haber tenido la información completa y correcta, no se habría sometido a la intervención o tratamiento, o bien habría valorado otras alternativas.

La posición conceptual general es que la valoración o existencia del daño merece características propias de su existencia. Ahora la pregunta que corresponde hacerse es no a la muerte como daño, sino a la vida-daño.

- a) ¿Puede reclamar daños una persona o sus padres por el hecho de haber nacido?
- b) ¿Y si el hijo nace enfermo, es también un daño y en qué medida?
- c) ¿Puede un hijo demandar a sus padres porque es infeliz, al nacer en un hogar con desavenencias o porque es hijo extramatrimonial?
- d) ¿Tienen acción también los hermanos por la presencia de otro con malformaciones?

Las respuestas a todas estas preguntas se relacionan con los valores más reconocidos en una sociedad, porque es ella misma la que protege a la vida como el bien jurídico máspreciado.²⁷⁸

No es posible entonces la contradicción entre las leyes que establecen la protección a la vida y las sentencias que establecerían la protección de la vida y sentencias que establecerían que la vida puede ser un daño.

En otros términos, no es lógico que, por un lado, se diga que la vida es un interés jurídicamente protegido, un interés digno de ser tutelado y, que las contracciones fallidas, se diga que ese interés ya no merece tanta protección.

En el *common law* se discute la existencia de tres *torts* relacionados con la vida, algunos reclaman a los padres y otros al médico por *mala praxis*.

9.7.1. Wrongful Life

Se considera una vida equivocada, injusta o errónea. Es el caso en que el niño reclama a sus padres por haberle permitido nacer, incluso cuando nace sano, por haber nacido como extramatrimonial o en hogar con desavenencias conyugales, por ejemplo. No se reconoce hasta hoy acciones que fueran aceptadas, pues los tribunales, en principio, son reacios a otorgar daños.

También *wrongful life* puede plantearse cuando un hijo ha nacido con defectos físicos o taras. Estas acciones hacen relación con la responsabilidad médica originada

²⁷⁸ López Herrera. *Manual de responsabilidad civil*, 190.

en el diagnóstico preconcepcivo y prenatal. Tienen origen en la posibilidad de evitar la concepción como una decisión permitida, especialmente para el caso en los cuales el nasciturus puede presentar problemas como un síndrome. Estos supuestos requieren del reconocimiento legal de la interrupción voluntaria del embarazo y de la libertad de procreación.²⁷⁹

En estos casos la acción podría dirigirla contra los padres si por su negligencia nació así, y también contra el médico.

Es muy discutida su procedencia, sobre todo porque en muchos casos la alternativa es comparar a un niño con vida, pero enfermo, con un niño sin vida; al niño que no se abortó, con el niño que nació.

Este tipo de tort es un mal mensaje para los médicos que deseen hacer todo lo posible para salvar la vida de una persona por nacer; sin saber que corren el riesgo de pagar los daños, es más que probable que aconsejen acabar con esa vida antes que salvarla.

9.7.2. Wrongful Birth

Este término corresponde al nacimiento equivocado o erróneo. Es el juicio que la madre le hace al médico por no haberle informado que podía abortar cuando el niño nace con defectos.

Puede ocurrir que los padres, conforme a la información suministrada por el médico tratante, no quieran traer a una persona al mundo por presentar problemas de salud asociados a la genética. En estos casos les asistiría a aquellos el derecho a interrumpir ese embarazo y reclamar la posibilidad de hacerlo.

Se relaciona con el consentimiento informado.

También existe *wrongful birth* cuando el aborto no es opción, sino que lo aconsejable hubiera sido una intervención quirúrgica intrauterina, a los pocos días de nacer para corregir defectos, y la omisión médica causa que el bebé nazca con graves defectos.

La jurisprudencia ecuatoriana alcanzó por primera vez un fallo de este corte²⁸⁰, en un caso en el que una mujer que tuvo un hijo con graves deformaciones y que

²⁷⁹ Andrea Macia Morillo, “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcivos y prenatales” (tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Madrid), 2003; citado en Mario Fernando Parra Guzmán, *Responsabilidad civil* (Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2010), 289.

²⁸⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala de lo Civil y Mercantil, en *Juicio Ordinario n.º 158-2014. María Augusta Aguirre Troya vs. Blum Pinto Bernardo. Ecuador.*

posteriormente falleció, debiendo haber sido informada para que pudiera ejercer el derecho legal de abortar.

Los daños se ordenaron indemnizar por el impacto emocional —daño moral— que tuvo la madre al nacimiento del hijo con graves malformaciones y su posterior deceso.

El daño patrimonial no tuvo la particularidad de ser estimado, a pesar de la demostración de los gastos de salvar la vida al menor, las erogaciones extras motivadas como la pérdida de ingresos de la progenitora.

9.7.3. Wrongful Conception o Wrongful Pregnancy

Concepción o embarazo equivocado, es el juicio contra el médico que falla en la cirugía esterilizante y puede ser deducido tanto por el padre como por la madre o ambos conjuntamente.

Lo más importante no es el daño moral que se pueda conceder al esposo y a la esposa como víctima secundaria, sino por los daños patrimoniales que se mandaron a pagar por el hijo sano fueron medidos por la imposibilidad para los padres de gastar en su propio beneficio, según el modelo que se habrían prefijado, parte de sus propias ganancias.

Esta es la línea que también mayoritariamente han adoptado tribunales de los Estados Unidos, conocida como *limited recovery rule*, y también en forma reciente por la *House of Lords* de Inglaterra.²⁸¹

9.8. La teoría de los daños desproporcionados

Esta teoría constituye una excepción a la regla general que impone la carga de la prueba al paciente que ha sufrido el daño.

Según la misma, se presupone que no se actuó con la diligencia debida, *lex artis*, cuando el resultado es absolutamente desproporcionado conforme a las reglas del sentido común y la experiencia, lo que razonablemente lleva a pensar que, de no haber actuado negligentemente, según el estado de la ciencia y las circunstancias concretas del caso, no se habría producido el daño.

La teoría del daño desproporcionado, de la circunstancia evidente o culpa virtual, *res ipsa loquitur*, parte de una presunción de hecho sobre la existencia de la culpa y del nexo causal.

²⁸¹ López Herrera, *Manual de responsabilidad civil*, 193.

Esta teoría, que procede del derecho inglés, exige la concurrencia de tres requisitos. 1. Un evento dañoso que en condiciones normales es muy dudoso que se hubiese producido sin la negligencia del demandado y que, por tanto, es muy probable que la negligencia de este lo haya causado; 2. El control exclusivo por parte del demandado del medio material o personal causante del daño, y 3. Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño.

Aplicada esta teoría del daño desproporcionado al plano de la responsabilidad médica, se traduce en que si el tratamiento médico o intervención quirúrgica ocasiona un daño al paciente, que es desmedido en relación con lo que espera habitualmente de ellos y que no guarda proporción con la dolencia o afección que motivó su práctica, este resultado desproporcionado constituye una prueba de mala praxis, salvo que el facultativo acredite que con su actuación fue ajustado a la *lex artis* y que el origen de los daños es ajeno al mal proceder del médico.²⁸²

Lo que sí es importante distinguir y de forma clara es el resultado desproporcionado del daño típico del tratamiento efectuado, aunque produzca un resultado no querido ni esperado. Se debe eximir al profesional médico de responsabilidad cuando este pruebe que el daño en cuestión resulta ajeno a su correcto proceder mediante una explicación coherente y concluyente de lo acontecido, descartando de esta forma una mala praxis en su actuación.

²⁸² Estos supuestos para que se materialice la teoría del daño desproporcionado se hacen evidentes en el caso *Criollo Chango Brian vs. Fiallos Chango Rosales Marianela* (odontóloga). CNJ Sala de lo Penal. Juicio por homicidio número 820-2009-W MS. de febrero 3 de 2014. (Segundo: Observaciones obtenidas en el proceso de instancia: el hecho fatídico constante en la denuncia presentada en la fiscalía por parte de Carmen Amelia Chango Supe, que luego sería materia del juicio penal, es la siguiente: la denunciante, Carmen Amelia Chango, acompañada de su hijo, Bryan Alexis Criollo, acudió el día jueves 3 de febrero de 2005 al consultorio dental de la doctora Alexandra Fiallos, ubicado en la avenida Cevallos, de la ciudad de Ambato, con el fin de hacerle extraer una pieza dental, por cuanto el niño padecía de dolor en la misma, por lo que la doctora Alexandra Fiallos, luego de atender al niño, le ha recetado un jarabe desinflamatorio y lo envió a casa, indicando que acudiera el día 5 de febrero de 2005, para realizarle la extracción. El día señalado regresa la denunciante en compañía del niño para que la odontóloga le realice la extracción agendada, llegando al consultorio y procediendo la doctora Fiallos a realizar los preparativos para hacerlo, preparación de implementos necesarios, inyección de anestesia al paciente, entre otros. No obstante, al momento de la extracción, la pieza dental extraída cae dentro de la boca del niño Bryan Criollo, quien la ingiere accidentalmente. Ante lo cual, la doctora Fiallos no ha tomado las medidas necesarias, indicando que *el trabajo está hecho* y que se retiraron del lugar; sin embargo, el menor ha empezado a llorar y a sentirse mal, manifestando que le dolía la garganta; y, tras el reclamo de la madre del menor, la doctora Alexandra Fiallos, en lugar de tomar las precauciones del caso y tratar de atender al menor, ha extendido una receta en la cual prescribió la compra de aceite de glicerina para que ayudara al menor a tragar la pieza dental. La madre del menor, por la gravedad de la situación de su hijo, trasladó por su propia cuenta el niño al Hospital Regional Docente de Ambato, a fin de que le brindaran los primeros auxilios y cuidados necesarios, pero el deceso del infante se confirmó a las 20 horas del mismo día por la obstrucción de vías respiratorias debido a un cuerpo extraño.

9.9. Teoría del conjunto de deficiencias

Ocurre con frecuencia que al paciente que es tratado a un centro hospitalario y sufre un daño, no le es fácil individualizar qué acto o qué persona concreta ha sido el causante del mismo, especialmente en aquellos supuestos en que se ha intervenido una pluralidad de personas durante el proceso constituido por un conjunto de actuaciones de diversa índole.

Para facilitar a la víctima la reclamación de la indemnización por los perjuicios sufridos, los tribunales españoles suelen aplicar la teoría del conjunto de deficiencias asistenciales, que exime al paciente de la prueba de la fase en la que sufrió el daño una vez acreditado el defectuoso funcionamiento del centro hospitalario.

9.10. Teoría de los daños continuados

Otro de los problemas frecuentes con que se encuentra el paciente que decide interponer una demanda para exigir responsabilidad por los daños sufridos por una mala praxis médica corresponde a la prescripción de la acción. El problema se plantea cuando el actor aún no conoce con precisión el alcance de los daños que ha sufrido, pero, si espera para ejercitar su pretensión jurídica, corre el riesgo de la prescripción de la acción.

En virtud de la teoría de los daños continuados, aplicable en caso de negligencias médicas, accidentes, lesiones, etc. El inicio del cómputo del plazo de prescripción se establece en el momento en que se hayan estabilizado las secuelas de los daños sufridos.

9.11. Factores que permiten minorar el *quantum* de las indemnizaciones

Existen supuestos en los que se puede reducir la indemnización que corresponda en virtud de la presencia de ciertos factores.

Los factores que habitualmente se tienen en cuenta son la intervención propia de la víctima a la que se causa el daño, la compensación de las ventajas con la indemnización y el deber de mitigar el daño.

9.11.1. Intervención o contribución de la propia víctima en la producción del daño

La apreciación de la intervención diligente de la víctima en el propio daño debe tenerse en cuenta por el Tribunal en el cálculo de la indemnización.

Esos casos se conocen en la jurisprudencia anglosajona con la significativa expresión *contributive negligence*.

Estos casos son diferentes y deben distinguirse claramente de aquellos otros en los que la víctima provoca con su culpa exclusiva la producción del daño, circunstancia la cual determina la interrupción del nexo causal.

Los tribunales suelen aplicar porcentajes de responsabilidad en los casos de *contributive negligence*, por ejemplo, el 30 % la víctima, el 70 % el sujeto agente, reduciendo en la medida correspondiente la indemnización concedida a la víctima.

9.11.2. *Compensatio lucri* o regla de la compensación de ventajas

Con este criterio se tienen en cuenta los beneficios, lucros y ventajas que el perjudicado haya podido obtener como consecuencia del daño. Esta regla se fundamenta en la idea de evitar el enriquecimiento injustificado de la víctima del daño.

9.11.3. Deber de mitigar el daño

La víctima del daño, en la medida de sus posibilidades, debe evitar que se agrave. Esta regla encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe. La víctima del daño, siempre que con ello no tenga que sacrificarse, debe hacer lo posible para evitar que los defectos del evento dañoso se incrementen.

9.12. Sistema de baremos de daños personales

Se refiere a la aplicación de que los daños personales producidos tengan un tratamiento análogo a los derivados de los accidentes de circulación. En España, su valoración hoy en día se hace orientativamente y sin carácter obligatorio mediante la aplicación de los criterios establecidos en el Título IV del TRLRC, reformada por la Ley 35/2015 en sus arts. 32 a 143²⁸³ y unas tablas en las que se recogen las diferentes cuantías en atención a los diferentes factores de valoración.

Dicho sistema se conoce como el Sistema de Baremos, el cual no es otra cosa que un sistema de valoración de daños y perjuicios abstracto y uniforme.

Los dos principios que siguen el sistema son el de vertebración y reparación integral.

El primero responde a la necesidad de articular el sistema de un modo racional al objeto de separar netamente los perjuicios patrimoniales, por ejemplo, gastos de hospital; de los extrapatrimoniales, por ejemplo, los daños morales; y, en relación con

²⁸³ Eva Domínguez Pérez, "Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación [BOE n.º 228, de 23-IX-2015]", *Ars Iuris Salmanticensis*, 4, n.º 1 (2016), 303-6.

estos últimos, distinguir entre perjuicios básicos -por ejemplo, la pérdida de una pierna- y los particulares -por ejemplo, el detrimento en la calidad de vida.

El principio de reparación integral del daño consiste en la idea —no siempre cumplida en la práctica— de alcanzar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos.

En el sistema de baremos se indemnizan, por un lado, los perjuicios extrapatrimoniales, distinguiéndose entre el perjuicio básico y los perjuicios particulares en atención al tipo de daño producido —muerte, secuelas y lesiones temporales—; por otro lado, se indemnizan los perjuicios patrimoniales, donde se distinguen los gastos —daño emergente y lucro cesante— por muerte, secuelas, lesiones temporales, quedarse sin trabajo, etc.

La tendencia de aplicar estas tablas en cualquiera de otros casos de daños de naturaleza personal va en alza, y el supuesto de la responsabilidad médica y sanitaria es una de ellas.

El Tribunal Supremo español recurre al sistema de baremos en numerosas ocasiones, de manera orientativa, para calcular las indemnizaciones por daños personales sufridos en supuestos distintos.

10. Nexo causal: la relación de causalidad, imputación objetiva, interrupción del nexo causal

El nexo causal o relación de causalidad es la conexión que debe existir entre la acción u omisión del posible responsable y el daño infligido.

Es esta necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido.

La regla general es que el demandante debe probar la existencia del nexo causal. En muy pocas ocasiones se permite la presunción, pues se parte de la premisa que la causalidad existe o no existe.

Son varias las teorías sobre el nexo causal. La doctrina y los tribunales tienen en cuenta, aunque no de una manera *a priori*, la antigua teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las acciones que están relacionadas con la producción de un resultado tienen la misma contribución causal en el daño concreto; y, sobre todo, la también antigua teoría de la *condicio sine qua non*, la cual nos dice que si se suprime mentalmente un hecho concreto y el resultado no se había producido, entonces debe considerarse que el hecho mencionado es causa de aquel.

10.1. Problemas causales

La causalidad es un tema difícil y muy enrevesado, no solo desborda el campo de la responsabilidad civil sino, también, en el del Derecho en general.

En tiempos antiguos el hombre no buscaba una explicación racional del suceder de los hechos —no sentía la necesidad de realizar una investigación causal de los acontecimientos— le bastaba con encontrar al responsable.²⁸⁴

Dentro de la Responsabilidad Civil la causalidad cumple dos funciones:

- La imputación del hecho dañoso a su autor, es también denominada por la doctrina italiana como “Causalidad Material” que tiene como parte fundamental la individualización del responsable.²⁸⁵
- Determinar el contenido de la obligación de reparar los daños, también es denominada como “Causalidad Jurídica”.²⁸⁶

La causalidad se emplea para los fines de imputar un evento que ocasiono un daño a un sujeto —causalidad como requisito de la responsabilidad— y también se utiliza para determinar la medida de reparación,²⁸⁷ —causalidad como complemento—. La conducta del accionado y el hecho dañoso son imprescindibles de la responsabilidad civil.

Por un largo tiempo ha sido objeto de confusiones, incoherencias y usos impropios; se debe establecer un criterio jurídico-valorativo que permitir delimitar el problema y elegir, cual es elemento que produce o coadyuvan a la producción del resultado final —daño—. No existe tanto en doctrina como en jurisprudencia un criterio uniforme de aprehensión de la causalidad, en su función de requisito de la Responsabilidad Civil. En ocasiones el análisis causal es inadvertido, teniéndose de base meras conjeturas o presunciones dentro del caso.

La identidad de tratamiento del análisis causal, al mismo tiempo jueces y doctrinos resuelven de la misma forma el problema del nexo causal, tanto en los casos de responsabilidad contractual como en la responsabilidad delictual.

²⁸⁴ Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica* (Buenos Aires: Depalma, 1945), 1, 7, 10, 18, 357, 383.

²⁸⁵ Francesco Realmondo, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno* (Milano: Giuffrè editare, 1967), 154.

²⁸⁶ Aunque la expresión utilizada no es del todo correcta, *Ibid.*, 42. Sobre los diversos modos con que se usa la voz “causalidad jurídica”, véase Gino Gorla, “Sulla cosiddetta causalità giuridica: ‘fatto dannoso e conseguenza’”, en *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 1 (Milano: Giuffrè editare, 1951), 436 y ss.; Andrea Belvedere, “causalità giuridica?”, *Rivista di Diritto Civile I* (2006): 7 y ss.

²⁸⁷ *Ibid.*, 433.

En el primer caso el juicio de causalidad se da para el ámbito de extensión del daño resarcible, la imputación del hecho dañoso y la identificación del responsable no tienen lugar porque el sujeto responsable viene identificado a través de la obligación incumplida, para verificar el *an debeatur*²⁸⁸ alcanza con verificar el incumplimiento de la prestación.

Para el caso de la responsabilidad extracontractual, para verificar el *an debeatur*, es necesario realizar un análisis más complejo.

Cabe hacer notar, por otra parte que, en buena medida, esta errónea apreciación de la causalidad en el ámbito de autoría se forjó en el entorno de la responsabilidad civil médica (común denominador de los últimos grandes hitos revolucionarios), ya que bien supo ser el banco de pruebas de reconocidas doctrinas foráneas de dudosa adaptación en nuestro entorno jurídico (por ejemplo, pérdida de una chance de curación, causalidad virtual, comportamiento anormal de las cosas inertes, obligaciones in solidum, etc.), o de fútiles teorías sobre la carga de la prueba (por ejemplo, cargas probatorias dinámicas). Quizá haya tenido razón Máxime Mignon²⁸⁹ y no se haya advertido que es imposible incorporar el ejercicio de la Medicina a la esfera del contrato, sin provocar disonancias y dificultades de adaptación irreductibles.

El particularismo de la relación médico-paciente es tal que hace poco probable aplicarle la mayoría de los mecanismos contractuales ordinarios.

De hecho, muchos de los remedios ideados para el régimen contractual, se vuelven inverosímiles en materia de responsabilidad médica (por ejemplo, facultad de exigir el equivalente pecuniario de la prestación, limitación consecucional del daño, carácter simplemente mancomunado de la obligación resarcitoria, facultad de exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación sea ya, por el propio deudor o por un tercero a su costa, etc.).

Es habitual que no se identifique el presupuesto causal si es responsabilidad objetiva o uno de carácter subjetivo. En la índole de carácter objetivo se sabe que la noción de la causa es jurídicamente relevante cobrando un relieve y tiene una

²⁸⁸ Sobre el principio de la reparación integral, puede decirse que existen dos momentos, el de la determinación del contenido intrínseco del daño, y el de su medida o apreciación pecuniaria. El primero es el "an debeatur" y nos da respuesta a lo que el daño es o, si se quiere, identifica y precisa cual es y en que consiste el perjuicio que corresponde reparar. Lo segundo el "quantum debeatur", la medida dineraria o el valor monetario de aquél daño y nos dice cuanto hay que pagar para reparar el mismo por equivalente.

²⁸⁹ Máxime Mignon, "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", *Dalloz*, n.º II (1950): 121.

“configuración diferente”. En otras palabras, se desvincula totalmente de la subjetividad y cabe atribuirlo al responsable ya que incurre en la violación de una norma explícita.

La responsabilidad subjetiva es la relación de la causa y efecto entre el compartimiento del culpable y del evento dañoso, el cual es más evidente, lógico y de forma directa. Por otro lado, la relevancia causal de las cosas inertes son aquellos supuestos daños donde intervienen cosas, algunos en contraposición de las leyes de la naturaleza, dotando de relevancia causal a los hechos.

Para establecer si la conducta fue desaprensiva, desidiosa u omisa de quien debía vigilar o custodiar la cosa, cuya finalidad es descubrir como llegó a esa posición o comportamiento anormal.

En todos los casos en que no se logre probar fehacientemente “el cómo y por qué” del perjuicio sufrido, esto es, mientras no sura con palmaria claridad la relación de causalidad entre la conducta del accionado y el daño reclamado por el pretensor, el reclamo reparador debe ser rechazado. Con esto la carga probatoria del nexo causal queda en manos de la parte accionante.

Trasladar el ámbito civil al modelo de la doctrina penal ha oscurecido la cuestión, ante todo, la lógica que gobierna el ilícito penal es muy distinta a aquella que preside a la responsabilidad civil. El tipo estructural radica en que la concepción del derecho de daños construye un esquema alrededor del hecho dañoso, por el contrario, el derecho penal lo hace basándose en la conducta ilícita del delincuente.

La casualidad concurrente es repartir la responsabilidad en proporción a la incidencia causal que la conducta de cada uno tuvo en el acaecimiento del evento lesivo, trajo entre otras consecuencias, las obligaciones in solidum y la pérdida de una chance de curación o supervivencia. Existe una teoría en sentido filosófico que la causa solo es relevante cuando estamos frente a una acción. La conducta inerte carece de toda eficacia causal, tales como:

Omisión de informar adecuadamente al paciente, este supuesto se plantea cuando el médico omite informar oportunamente, veamos estas hipótesis:

- El paciente, de haber recibido información oportuna, habría optado por el consumo de alimentos sanos y de una vida saludable.
- El paciente, de haber recibido información oportuna, habría optado por un tratamiento o intervención que ayude a mejorar su estado de salud actual.

Esto hace alusión a la doctrina de la imputación objetiva, dejando de lado la pérdida de chance, con esto, se puede determinar el presupuesto causal valorando la

oportunidad de que el paciente busque ayuda profesional o recurrir a las recomendaciones dadas.

Existiendo estos supuestos debemos analizar que se debe mitigar el daño interpuesto a la víctima y esto versa sobre dos teorías la de *an debeatur* que nos dice que el daño fue proporcionado por un problema causal, mientras que, el *quantum respondeatur* nos dice que la reparación solo puede nacer una vez que el daño este causado.

Uno de los problemas más generales en este tipo de casos es la exclusión del responsable respecto de la organización hospitalaria, por esto, una de la técnica más usada para las demandas es la generalización y acusación de que la organización hospitalaria es deficiente y no es capaz de brindar el servicio correctamente y esto acarrea problemas mucho más grandes para la institución.²⁹⁰

La filosofía a lo largo de los años ha creado teorías sobre la relación de causalidad y estas se dividen en:

1. La causa próxima

Si bien no puede negarse que su aplicación permite no extender de manera desmesurada, en el tiempo y en el espacio, la influencia causal de los diversos factores, este criterio jurídico (basado en el tiempo) ha sido objeto de acerbadas críticas, cuyo desarrollo excede con creces el marco de este breve ensayo. Solo cabe agregar que su mayor debilidad está en que coloca todo el énfasis en el factor física o mecánicamente más cercano y omite demostrar lo único que realmente interesa: que ese antecedente más cercano es la causa del evento, lo que impide solucionar de forma debida los casos en que el evento se produce por varias causas (concausas): la causa última no tiene por qué ser necesariamente la causa dominante y eficiente.²⁹¹

2. La condición preponderante o causa eficiente

La teoría de la condición preponderante o de la causa eficiente, al igual que la de la causa próxima, son teorías individualizadoras, porque buscan, mediante la elección de una causa, superar los problemas que surgen de las dos anteriores. La condición

²⁹⁰ Una buena organización hospitalaria requiere poner a disposición del paciente personal calificado, en número suficiente y presente en los momentos necesarios, desempeñar una actividad coordinada en los diferentes servicios, utilizar productos seguros y sanos, mantener sus instalaciones en forma higiénica, etc. François Chabas, “La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 66, n.º 1 (2001): 13 y ss.; Raffaella de Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni* (Padova: Cedam, 2009), 56 y ss.; Roberto Simone, “La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata”, *Danno e Responsabilità*, n.º 1 (2003): 9, 12.

²⁹¹ Carlos Calvo Costa, *Derecho de las obligaciones* (Buenos Aires: Hammurabi, 2010), 260.

preponderante es aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y contrarios a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado.²⁹²

3. La causa adecuada

Según esta teoría, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, *conditio sine qua non* del daño, sino que es necesario, además, que, en virtud de un juicio (hipotético-retrospectivo) de probabilidad, basado en las máximas de la experiencia, resulte una causa adecuada para ello.²⁹³

4. La identificación de la culpa objetiva con la causa adecuada

Sabido es que culpa y causa son, por lo menos en teoría, dos presupuestos distintos y autónomos de la responsabilidad civil. La culpa es, ante todo, un factor de atribución, además de eximente, metro de cuantificación y fundamento de atracción causal. La relación de causalidad es, en cambio, un paso previo que busca imputar materialmente el daño a un sujeto.

5. Culpa objetiva

Como bien se ha señalado, poco o nada queda de la culpa como aquel comportamiento psicológico del que hablaban los juristas. Su contextura ontológica, lisa y llanamente se ha metamorfoseado. Por culpa, se entiende hoy la infracción no dolosa del modelo de conducta debida. En otras palabras, culpa es la afirmación de que un comportamiento es contrario a un patrón ideal.²⁹⁴

Cuando a la culpa se la califica de objetiva, se alude, o a su apreciación in abstracto, lo cual en cierta medida es poco factible, puesto que a pesar de lo que pudiera parecer, no hay una concepción pura o absolutamente objetiva de culpa o, a un sistema tornasolado —a la vez abstracto y concreto— que a la hora de confrontar el actuar real del sujeto con el debido —esto es, al conformar un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial y específico—, no toma en consideración sus especiales características físicas y psicológicas. He allí, a nuestro modo de ver, lo que se entiende hoy día por culpa objetiva.

²⁹² Edgardo López Herrera, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006), 202.

²⁹³ Confunden o sobreponen en la dicción de Francesco Antolisei, // *rapporto di casualità riel diritto penale* (Torino: Giappichelli, 1960), 131. “Hay una surte de contaminación de carácter subjetivo del elemento objetivo”. Capecchi (n. 32), 89.

²⁹⁴ *Ibíd.*

10.2. Causalidad e imputación

Esta teoría, en cuanto procura mediante el método de eliminación mental elevar al rango de causa todos los hechos antecedentes, sin los cuales no se habría producido el evento, no solo extiende la responsabilidad de manera ilimitada,²⁹⁵ llegando a resultados absurdos observemos los siguientes supuestos:

1. Casos de causas hipotéticas y causas concurrentes. Ambos grupos tienen en común la particularidad de que, eliminando mentalmente la condición en examen, se observa que el resultado se hubiera producido igualmente; en los casos de causalidad alternativa, por consecuencia de la ulterior actuación de la causa de reserva que no llegó a ser efectiva y, en los casos de causas concurrentes, en virtud de la causa simultánea que, por sí sola, bastaba para producir el daño.

2. Casos de cursos causales no verificables. Años atrás sucedió que muchos enfermos transfundidos resultaron ser, a la postre, portadores del virus VIH/sida, ignorándose científicamente por aquel entonces, si la transfusión sanguínea era un medio idóneo de contagio.

3. Casos de daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones es imposible alcanzar conclusión alguna acerca de la relevancia sobre la participación causal de cada uno de los integrantes de la colectividad.

4. Casos de daños por omisión. Parte de que la abstención del omitente no es causa (material), ni condición necesaria del daño.

Criterios de imputación: Se dice que esta doctrina, cuyos orígenes se remontan a los estudios del civilista hegeliano Karl Larenz²⁹⁶ y más tarde por el penalista Richard Honig,²⁹⁷ no es precisamente una teoría, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas. Más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible.²⁹⁸

²⁹⁵ *Ibíd.*, 20 y ss.

²⁹⁶ Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (Aalen: Scienta Verlag, 1970), 60. Aunque el término *imputación* en su versión moderna asoma por primera vez en Samuel Pufendorf, *Be jure naturae et gentium libri octo*, citado en Andrea-Rafaelle Castaldo, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado* (Buenos Aires: Euros editores, 2008), 64; véase también: García-Ripoll Montijano (n.º 83) capítulo primero, 1 y ss.

²⁹⁷ Richard Honig, "Kausalität und objektive Zurechnung", en *Festsgabe für Reinhard v. Frank* (Tübingen: Scienta Verlag, 1930), 174.

²⁹⁸ Marcelo Sancinetti, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998), 181-98.

La imputación objetiva consiste en suministrar criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias dañosas del hecho al posible responsable.²⁹⁹

Por su parte, pese a que la doctrina lleva años discutiendo tópicos sobre imputación, se toman como base, aunque con algunas pequeñas discordancias, las propuestas trazadas por el penalista alemán Günther Jakobs³⁰⁰. Así, entre los distintos criterios de imputación (o, mejor dicho, de "no imputación"), se destacan:

1. El criterio de adecuación o teoría de la causalidad adecuada.
2. El principio del incremento del riesgo.
3. La prohibición de regreso o posición de garante.
4. El ámbito de protección de la norma.
5. El principio de confianza.
6. El consentimiento de la víctima y la asunción del propio riesgo.

Cualidad probabilística

Atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal solo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo.³⁰¹

La tesis radical del "todo o nada" ha caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística.

Actualmente podemos afirmar, sin mayores recovecos, que existe consenso sobre que:

1. La ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles.

²⁹⁹ *Ibíd.*

³⁰⁰ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en el derecho penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 1994), 90.

³⁰¹ Benito Frosini, *Leprove statistiche nelproceso avile e nelproceso penale* (Milano: Giuffrè editare, 2002), 1 y ss.

2. Nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el accionado hubiera actuado de otra manera.

3. La causalidad no admite prueba matemática.

4. La teoría de la causalidad adecuada (estructurada bajo un sistema de regularidad estadística) no puede menos que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de probabilidad.

5. La valoración de la prueba es libre y parte de un juicio de probabilidades y deducciones que no siempre llevan a la verdad plena.

Queda claro que la certeza absoluta, como criterio de apreciación valorativo de la causalidad, ciñó en aras de la probabilidad. La causalidad se rediseñó, entonces, en términos de probabilidad. Por tanto, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante, suficiente, alta, cualificada, etc.

La probabilidad significa verosimilitud, apariencia de verdad o cualidad de probable, esto es, que puede suceder. Previsibilidad es, por el contrario, cualidad de previsible, es decir, todo aquello que puede ser previsto. Por otra parte, prever significa ver con anticipación, conocer o conjeturar por indicios o señales lo que ha de suceder, o disponer, preparar o ambos medios para futuras contingencias. A su vez, la previsibilidad requiere de una valoración ex ante a diferencia de la probabilidad que se determina ex post.³⁰²

Cierto es que, en múltiples ocasiones, la prueba estadística es de gran utilidad para el intérprete, siempre y cuando, claro está, la utilice con la cautela y previsión necesaria, para no transformar vagas informaciones en leyes estadísticas o, viceversa, para no utilizar como claves referenciales informaciones altamente inciertas.³⁰³

Por decirlo de otro modo, el método estadístico no utilizado con elevada competencia puede conducir a falacias, no siempre perceptibles con facilidad. La evidencia estadística por sí misma, despojada del caso en concreto, no puede constituir el plafón de una decisión, ni aun en un proceso civil; requiere necesariamente de la presencia de pruebas vinculadas con el suceso específico.

³⁰² Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.º ed. (París: Presses Universitaire de France, 2007), 717.

³⁰³ Michele Taruffo, "La pro va dei fatti giuridici. Nozioni générale, Nozioni generali", en Antonio Cicu, Francesco Messineo (Diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, continuato da Luigi Mengoni (Milano: Giuffrè editore, 1992), ni, tomo 2, sezione 1, 198.

En rigor, cualquier cálculo sobre la previsibilidad o probabilidad del evento [...] viene en consideración a la valoración de la conducta y no a la búsqueda de la individualización de la causa, en cuanto estas expresiones no son otra cosa que componentes del área de reprochabilidad de la conducta, que a los efectos de la imputación del hecho va medida en base a la mayor o menor previsibilidad o excepcionalidad del evento dañoso [...]. La búsqueda de la causa individual determinante no es ni probable ni improbable, sino individualizada o no individualizada.³⁰⁴

Es común la opinión en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica que la “relación de causalidad” entre la conducta (comportamiento, situación o estado) del demandado y el evento dañoso, es un elemento o requisito imprescindible del derecho de la responsabilidad civil y, por consiguiente, una condición esencial para que nazca la obligación de resarcir. Será, quizá, porque el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido de alguna manera a su realización.

Sin embargo, la distinción entre “causalidad” e “imputación objetiva” resurgida en los últimos años, de gran predicamento en el derecho penal, viene aportando un halo de aire fresco a nuestra materia que no podemos soslayar. Es que el derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de las ciencias naturales. No hay un concepto jurídico de causalidad, sencillamente no existe.

Así, una vez dissociada la causalidad de la imputación, la indagación tiene dos fases; en la primera, la fijación del nexo causal tiene carácter indefectiblemente fáctico; libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la equivalencia de condiciones. Esta primera etapa constituye un límite mínimo, aunque no excluyente, del juicio de perquisición causal; pues en algunos casos, aun comprobado que la conducta del encartado fue una de las causas físicas del menoscabo, no cabe imputárselo jurídicamente o, viceversa, supuestos en que se imputa el daño al demandado, a pesar de que su accionar no fue condición necesaria para su producción.

En la segunda etapa, resulta imprescindible recurrir a un ulterior correctivo que permita tanto adecuar como modular (ya sea por ampliación o reducción) los excesos de la *conditio sine qua non*. De ahí entonces, que la distinción entre causalidad e imputación se haya erigido en el punto nodal de la indagación retrospectiva; en tanto debemos preocuparnos de averiguar no ya cuando el daño pueda decirse producido por

³⁰⁴ Renato Miccio, *IDiritti di crédito* (Torino: UTET, 1973), 96 y 103.

un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino, más bien, cuando ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano.

Se asiste hoy a una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad. Se observa una clara relectura de la causalidad en clave probabilística.³⁰⁵

Con todo, la causalidad, la imputación y la culpabilidad aún conservan confines borrosos. Será que asiste razón a José López Jacoiste cuando dice (en gráfica alusión a cómo opera cada uno de los presupuestos) que:

La causa embebe a la culpa, la culpa luce como acción, la acción expresa, mide y, en ocasiones, viene a ser el propio daño, el daño evoca, denuncia y presume culpa, la causa se intuye y desprende del propio daño, y el daño acaba postulando resarcimientos mediante cada vez más sutiles y lábiles enlaces con otros presupuestos cuya exigencia tornase de día en día muchos menos real, mucho más virtual.³⁰⁶

En otras palabras,

La secuencia [evento dañoso-responsabilidad-obligación de resarcir] se presenta como una verdadera aporía; puesto que el juicio de responsabilidades, al mismo tiempo, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso y presupuesto para su conexión con un determinado sujeto responsable, o sea que podemos decir que un sujeto ha causado un daño solo después de haber decidido que es responsable.

Entre los problemas que plantea la solución del nexo causal pueden destacarse los siguientes:

Causalidad concurrente: diferentes hechos coinciden temporalmente en la producción de un daño y cada uno de ellos es suficiente por sí solo para producir el resultado. Se aplica la regla de la solidaridad en sentido estricto entre los posibles responsables.

Causalidad sucesiva: el daño es el resultado de la suma de todas las actuaciones de los posibles responsables, pero ninguna de ellas, individualmente, habrían provocado el daño concreto. Se aplica la regla de la solidaridad impropia, porque es muy complejo aplicar la regla de la parcialidad y atribuir a cada causa una completa porción del daño.

Causalidad probabilística: en la realidad se detectan ciertos supuestos en los que no es posible establecer el nexo causal porque reiteradamente se ha producido un

³⁰⁵ Al respecto, véase Gamarra-Gamarra (n.º 87), 53 y ss.

³⁰⁶ José López Jacoiste, “Cien años de horizonte extracontractual”, en *Centenario del Código Civil*, t. II (Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil / Centro de Estudios Ramón Areces, 1990), 1162.

resultado debido a la acción de múltiples personas que anteriormente han tenido la misma relación con el mismo factor, pero se desconoce exactamente cuál es el mecanismo y el proceso, químico o físico, productor del daño, porque las correspondientes ciencias empíricas no han sido capaces de reconstruirlo *a posteriori*, por ejemplo, el caso de una intoxicación masiva.

Causalidad alternativa: todos los posibles responsables han puesto en marcha una acción que podría ser causa del daño, pero queda demostrado que no puede saberse con certeza cuál de los comportamientos es el que realmente ha provocado tal daño.

La doctrina española suele invocar la regla de la solidaridad para solucionar este problema. Pero, en otros sistemas, antes de proceder con la absolución de los demandados y dejar indefensa a la víctima, se aplica una suerte de regla de parcialidad—dividir la responsabilidad en diferentes porcentajes— en función del cálculo de las probabilidades.

Causalidad colectiva o daño causado por el miembro indeterminado de un grupo: el daño es producido por una persona o personas que no pueden identificarse individualmente, sino por pertenecer a un grupo, por ejemplo, los daños causados en el transcurso de una manifestación. La tendencia de los tribunales es a aplicar la regla de la solidaridad impropia: que todos los miembros del grupo causaron el daño mientras no pueda individualizarse la conducta que lo causó.

10.3. La pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística de daños

Actualmente ha pasado a ser parte de la doctrina la *teoría de la pérdida de oportunidad*³⁰⁷ la cual permite acreditar la relación causal en aquellos casos que resulta complejo demostrarlo y que por tanto puede conllevar a decisiones injustas³⁰⁸. La pérdida de oportunidad³⁰⁹ o chance surge en el derecho francés y en el *common law*³¹⁰

³⁰⁷ Hugo Andrés Arenas Mendoza, *El régimen de responsabilidad objetiva* (Bogotá: Legis, 2013), 243.

³⁰⁸ “precisamente con el fin de corregir este eventual resultado injusto ligado a la incertidumbre sobre la existencia del nexo causal, por vía doctrina y jurisprudencia se ha construido una doctrina, la de la pérdida de oportunidad, que sirve a este propósito de dos modos: Primero como instrumento de facilitación probatoria de la prueba del nexo causal entre la actuación del agente u el daño producido; después como criterio para cuantificar la indemnización que corresponde”. Marina Gascón Abellán, *Hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 115.

³⁰⁹ “El sintagma, “pérdida de oportunidad” (también “pérdida de una oportunidad” “pérdida de oportunidades”, “oportunidad perdida”) es la expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de tener un beneficio o evitar un menoscabo”, *ibíd.*, 455-5.

³¹⁰ “la configuración de la pérdida de chance, como daño resarcible corresponde a una doctrina de cuyo jurisprudencial, surgida casi simultáneamente a finales el siglo XIX y principios del XX, sin que

y se hizo extensivo hacia otros países³¹¹ y ha sido reconocida entre otros por la jurisprudencia colombiana.³¹² El daño de pérdida de oportunidad no reconoce la pérdida de un resultado favorable, sino la posibilidad de conseguirlo³¹³ cuando la persona se ve afectada por el actuar inadecuado de la Administración Pública³¹⁴ y que, por razones que resultan complicadas de probar, el resultado resultara insatisfactorio para el afectado.³¹⁵

Sobre la *pérdida de oportunidad*, Chindemi plantea que “es un daño actual que se relaciona no con la pérdida de un resultado útil sino con la imposibilidad de conseguirlo y que es necesario para lograrlo que se cumplan requerimientos específicos para el logro del resultado esperado, o sea existe una posibilidad de éxito superior al 50 % según las estadísticas a través de un juicio pronóstico *ex ante* según el *it quod plerunque accidit* sobre base de elementos aportados por el lesionado”.³¹⁶

Dicha teoría según Mir “tiene como beneficio que extiende el radio de los daños que están sujetos a indemnización beneficiando a las víctimas; además estimula a la administración a actuar diligentemente y brindar de manera correcta sus servicios para

sean visibles influencias recíprocas en países de *Droit Civil* (Francia) y del *common law* (Inglaterra, Canadá, Estados Unidos) en supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual”, *ibíd.*, 455.

³¹¹ La doctrina de la pérdida de la oportunidad es el fruto de la interacción de estos fenómenos, relativo el primero a la *formación* de las doctrinas; y referido el segundo a su *recepción* en otros sistemas jurídicos. En efecto, la gestación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los Derechos Franceses, ingleses, estadounidenses, canadienses, australiano, belga, holandés o italiano constituye una manifestación paradigmática del papel protagonista que, por lo general, han asumido los Tribunales en la elaboración del Derecho de la responsabilidad civil, cuyos razonamientos y soluciones, adelantados o teorizados después por la doctrina, acaban teniendo reflejo en algunos textos legales, *ibíd.*, 455.

³¹² En varias oportunidades, nuestra jurisprudencia, sobre todo la de Consejo de Estado, se ha referido en forma expresa a la teoría sobre la pérdida de oportunidad como causa suficiente para otorgar una indemnización. En algunas decisiones, sin plantear expresamente la fundamentación teórica, nuestros tribunales han aceptado indemnizar a la víctima, aunque la acción del demandado solo hubiera suprimido una oportunidad de que el actor obtuviera el beneficio, *ibíd.*, 125-361.

³¹³ Así como según este planteamiento no será resarcido el daño entendido como la pérdida de un resultado favorable, perfil que permanece incierto; sino, la pérdida cierta de la posibilidad de conseguirlo” (Traducción); Robertto Giovagnoli, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, Teoría e práctica del dillitto* (Milano: Giuffre Editore, 2010), 31.

³¹⁴ Con el fin de averiguar si se trata de actividad de derecho privado o de derecho público, no es suficiente verificar si la actividad se realiza según las formas del derecho privado, sino que también es necesario evaluar si se ha desarrollado por funcionarios ligados al ente por una relación del derecho público, dirigida al perseguimiento de la finalidad pública atribuida a la institución, y, por ende, constituya, actividad que deba ser desarrollada por la entidad pública” (Traducción); Doménico Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, 2.^a ed. (Milano: Giuffre Editore, 2010), 178.

³¹⁵ Esto sucede particularmente en los procesos de depuración de responsabilidad patrimonial producido por unos de sus agentes, donde ese resultado insatisfactorio para el damnificado proviene no solo de la especial dificultad para probar el nexo causal, sino también de la desigualdad de armas en que se encuentran víctima y Administración en el momento de esclarecer los hechos, *ibíd.* 466, 114-5.

³¹⁶ *Ibíd.*, 472.

prevenir daños”.³¹⁷ Medina,³¹⁸ de igual manera, plantea que en el debate causal clásico predominan teorías como la de la imputación objetiva y sus predecesoras que responden a la causa próxima, eficiente y adecuada, expuestas con la pretensión de seccionar las potencialidades aplicativas de un sistema que de sustentarse en la realidad causal, se considera carente de toda restricción.

Mientras que la doctrina de la oportunidad perdida se crea para ampliar dichas potencialidades aplicativas porque existen casos en los que resulta injusto establecer el surgimiento del crédito resarcitorio a la prueba fehaciente (suficiente) del lazo causal.³¹⁹

Dicha teoría no se considera pacífica en su totalidad, puesto que existen varios criterios doctrinales que la critican por aspectos relacionados que permiten que se pueda aplicar de manera abusiva y que se pueda utilizar para evadir pruebas vinculadas al nexo causal.

Esto puede beneficiar indebidamente a las víctimas —cuando sirva para concederles alguna indemnización en supuestos en los que, de haberse practicado la prueba, se habría acreditado que una correcta actuación de la administración no hubiese evitado el daño—, pero también perjudicarla —cuando comporte la reducción de la cuantía indemnizatoria en casos en que la prueba habría demostrado la existencia cierta de relación de causalidad—.

La rebaja excesiva del estándar probatorio y la aceptación de una mera, vaga y abstracta posibilidad de evitar los daños reclamados es otro de dichos riesgos. También a menudo resulta difícil en la práctica, determinar el porcentaje de probabilidades de evitar el daño que la teoría presupone para su propia aplicación y para el cálculo de la indemnización que corresponde a la víctima.

Dicha dificultad, sumada a la condición, bastante extendida, de que la pérdida de la oportunidad constituye un daño moral en sí misma, lleva a muchas sentencias a fijar directamente una cuantía carente de motivación expresa, con el riesgo de que ello conlleve para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Ambos principios se encuentran también amenazados por el hecho de que la teoría carece de un fundamento normativo expreso de alcance general y tiene un origen

³¹⁷ Mir Oriol Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración: Hacia un nuevo sistema*, 2.ª ed. (Barcelona: Civitas S. L., 2012), 223.

³¹⁸ Luis Medina Alcoz, *Teoría de pérdida de oportunidad* (Navarra: Civitas, 2007), 345.

³¹⁹ *Ibíd.*, 455.

jurisprudencial, se aplique solo en determinadas ocasiones, por parte de ciertos tribunales, y con arreglo a menudo divergentes.³²⁰

Detallada doctrina se aplica a la responsabilidad atribuida al médico por las dificultades que implica en el orden probatorio atendiendo a que la misma se genera no de un trato inadecuado, sino de las expectativas restadas al paciente por la posibilidad de que una intervención o asistencia diferentes hubieran dado lugar a un resultado opuesto. Para ello deben darse los siguientes supuestos:

- a) Que exista de conformidad a la experiencia, una probabilidad de restablecimiento o mejora si la asistencia médica se hubiera brindado de forma diferente o adecuada.
- b) Que el daño sea cierto y no sea hipotético o futuro.
- c) Que exista una relación causal directa entre la asistencia prestada (o la falta de asistencia) y la reducción de las posibilidades de restablecimiento o supervivencia.

En dichos casos la responsabilidad proveniente de la administración da lugar a la falta de diligencia, puesto que, a pesar de la inseguridad, con respecto a las consecuencias que hubieran provocado actuaciones diferentes, se procede a indemnizar sujeto a la probabilidad de que el resultado hubiera sido más favorable para el paciente. Castroverde³²¹ cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de febrero 24 de 2006 en la que se consigna que:

Ha de aplicarse al supuesto de autos la teoría de la pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas porque ante un conocimiento puntual y en su tiempo de la diagnosis, tal vez hubiera podido reaccionar de otra manera y posiblemente aminorar los resultados de la enfermedad diagnosticada, es decir, si la Administración hubiera actuado de manera más diligente el paciente hubiera tenido quizás la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida.

Córdova afirma que la definición de pérdida de oportunidad se vincula con la vulneración de la *lex artis*, así como cuando se realiza un diagnóstico retrasado o la realización de pruebas médicas atrasadas todo lo que puede configurar una falta de servicio adecuado por parte de la administración sanitaria.

En aquellos casos en que los galenos obran negligentemente están privando al paciente de tener una posibilidad mayor de curarse y en muchas ocasiones de salvar su

³²⁰ Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración*, 223.

³²¹ Córdova Castroverde, "Intervención acerca de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial", en Jornadas sobre Derecho y Medicina, Las Palmas, Argentina marzo de 2012.

vida. Existen varios fallos en los que, al disponer la cuantía a indemnizar, no se toma en cuenta que se ha perdido una oportunidad y en consecuencia se dispone indemnizar el daño íntegramente, como si el galeno fuera el autor directo del daño final, del fallecimiento o la enfermedad, es visto el profesional de la medicina como si hubiera colocado la enfermedad en el paciente o sea el responsable de ella.

Acerca del tema Félix Trigo Represas³²² expone que la pérdida del chance es una zona gris, constituye una frontera entre aquello hipotético y seguro, puesto que se trata de una situación que depende de una conducta antijurídica que afecta el curso normal de los eventos de manera tal, que resulta imposible conocer si la persona dañada directamente habría o no obtenido una ganancia o prevenido una pérdida de no haber ocurrido el hecho; o sea que habrían existido probabilidades tanto a favor como en contra, negativas o positivas, pero un hecho llevado a cabo por un tercero le ha imposibilitado contar con la oportunidad de ser participe en la definición de dichas probabilidades.

Se considera que ante el acto imputable se ha perdido la oportunidad para que se reconozca el derecho a exigir la reparación correspondiente, por ello según opiniones doctrinales se debe efectuar un análisis de las posibilidades favorables o no y del resultado se obtendrá la proporción en que debe realizarse el resarcimiento. “Para fijar la indemnización debe tenerse en cuenta la oportunidad y no la ganancia perdida”.³²³

Corresponde plantear que la estadística ilustra sobre las pérdidas de oportunidad y entre ellas destacan la responsabilidad médica por errores en una intervención quirúrgica. El resultado final de muchos casos médicos puede traer consigo la muerte o el padecimiento permanente de determinada enfermedad, que puede motivarse por dos premisas: una causa natural o la culpa, sin poderse determinar cuál realmente es la verdadera, por lo que el daño es la pérdida de una oportunidad de supervivencia, en este caso, el juzgador no posee la facultad de sancionar al galeno a cancelar una indemnización igual a la que resultaba procedente si el médico hubiera causado la muerte del paciente.³²⁴ En muchos casos la muerte del paciente fue motivada por determinada enfermedad y no por un acto médico aunque haya sido negligente.

³²² Félix Trigo Represas, *Pérdida de chance. Presupuestos, Determinación y cuantificación*, (Buenos Aires: Astrea, 2008), 55.

³²³ *Ibíd.*, 68.

³²⁴ Francois Chabas, “La pérdida de una oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad”, trad. Fernando Moreno Quijano, *IARCE*, n.º 8 (1994), edición electrónica.

En casos de esta naturaleza, es elemental contar con un dictamen pericial claro y profundo que deje claro lo referente a la expectativa de curación que poseía el paciente de no haber incurrido el galeno en negligencia.

Los aspectos antes analizados fueron aplicados en el caso de una paciente que murió como consecuencia de un cáncer que se le diagnosticó incorrectamente. A la paciente, el cirujano le extrajo un nódulo de los pechos, que fue remitido al anatomopatólogo para su análisis histológico. El anatomopatólogo elaboró el correspondiente informe que se entregó a la paciente cuyo resultado arrojó la presencia de un tumor benigno. Por tal motivo el cirujano supervisó frecuentemente a la paciente a la cual tiempo después, se le detectó un cáncer que le ocasionó la muerte, además se comprobó que anatomopatólogo había realizado un segundo informe diagnosticando dicho cáncer, el que fue remitido a la institución de salud donde la paciente se atendía, a raíz de ello se corrigió el protocolo cambiándose el primer informe por el segundo que tenía como resultado la presencia de un tumor maligno.

En dicho caso se demostró que el anatomopatólogo tomó la precaución de informar al cirujano que seguía a la paciente sobre el error consignado en el diagnóstico que obraba en el primer informe. Igualmente se probó que los estudios que se realizaban a los pacientes en el sanatorio, no se remitían al médico o paciente, lo que sacó a la luz dificultades o falta de servicio incurriendo además en responsabilidad la institución de salud.

Los juzgadores consideraron inadmisibles que en una institución médica los resultados de los exámenes no se envíen diligentemente a los galenos y que queden en manos del personal administrativo. Por lo que, de haber existido organización en el servicio, el segundo informe del anatomopatólogo habría llegado inmediatamente al cirujano, quien hubiera actuado aplicando otro tratamiento acorde al padecimiento de la paciente. Al no poseer el segundo informe que daba cuenta de la malignidad de la enfermedad y mal pudo encarar un tratamiento para su cura, lo que dio lugar a la pérdida de chance de curación de la paciente.

Por otro lado, el tribunal consideró que el padecimiento del cáncer de mama no resulta atribuible a un inadecuado acto médico. Por lo que, en el establecimiento de los daños, se tuvo en cuenta el chance de curación o de sobrevivencia de la que fue privada la paciente por el accionar médico. En este caso está presente la pérdida de la oportunidad chance, ya que nadie podía garantizar que de haberse actuado correctamente hubiera salvado su vida. Por lo que se fijó por los jueces el resarcimiento correspondiente a la

pérdida del chance de supervivencia ocasionada por una muerte acelerada, que también pudo haber ocurrido o no en un tiempo más o menos prematuro, a causa del mal preexistente. El monto a indemnizar fue reducido y se correspondió con los elementos antes expuestos.

En otros casos, determinadas enfermedades de la víctima violan el nexo causal y en lo relativo a la reparación dispuesta en procesos civiles en los que está presente la responsabilidad médica, se debe tener en cuenta que, en varias ocasiones, el paciente cuando recibió asistencia médica ya sufría del padecimiento en estado avanzado. Tal es el caso de un paciente que al tratarse por el médico se procede a extirpar el bazo, realizándole además varias transfusiones de sangre porque sentía debilidad, pero supongamos que una de ellas resultó estar infectada por VIH/sida. En dicho caso, no existen dudas de la responsabilidad civil por el contagio siempre que se prueben la culpa y la relación causal. Pero la nueva enfermedad produce incapacidad severa, mayor a la que ya poseía, por lo que de la incapacidad definitiva deberá deducirse la que la paciente ya padecía.

10.4. Conceptos clave

Causalidad material: se determina por las leyes naturales y, en especial, mediante la aplicación del test procedente de la teoría de la *condicio sine qua non*.

Causalidad jurídica-imputación objetiva: es el resultado de imputar la causa — objetivamente— a la acción del posible responsable o de excluirla.

La imputación objetiva no se puede confundir con la responsabilidad objetiva ni con la imputación subjetiva.

Criterios de imputación objetiva: se consideran fundamentalmente como criterios de imputación objetiva la causalidad adecuada; que el hecho tenga capacidad suficiente para generar el resultado de que se trate; el riesgo en general de la vida, no se imputan aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del infortunado; incremento del riesgo, se exige que la actividad aumente sensiblemente la probabilidad de que el daño se produzca; fin de protección de la norma de conducta, la infracción debe entrar en el ámbito de protección de la norma de responsabilidad; prohibición de regreso, si se superpone la acción dolosa o gravemente imprudente de un tercero se exonera a quien puso en marcha la primera acción; y consentimiento de la víctima y asunción del riesgo, no se imputan las causas

del daño a la gente cuando los riesgos fueron asumidos previamente por la víctima y sobre su posible presencia que fue informado debidamente.

10.4.1. Interrupción del nexo causal

No siempre es posible atribuir la responsabilidad a la persona que con su comportamiento pone en marcha una acción. En muchas ocasiones acontece que la acción es interrumpida por una causa externa, que determina que no pueda entonces decirse que la acción es causal respecto del resultado concreto.

Los factores o propiamente las causas que interrumpen el nexo causal son las siguientes:

10.4.2. Culpa exclusiva de la víctima

El propio comportamiento de la víctima determina que se produzca el daño y, por lo tanto, que se interrumpa el nexo causal puesto en marcha por el sujeto agente. Esta causa de exoneración tiene un carácter general y se aplica a todos los modelos de responsabilidad, tanto subjetiva como objetiva. La jurisprudencia española exige siempre que la culpa de la víctima sea muy clara y grave, que se aparte de los más elementales deberes de prudencia y cuidado. Diferente a esta causa de exoneración es, como se ha explicado anteriormente, la concurrencia de la culpa de la víctima junto con la negligencia o actividad del sujeto que causa el daño, lo cual no excluye la responsabilidad porque no interrumpe el nexo causal, sino que simplemente reduce el monto de la indemnización.

10.4.3. Intervención de un tercero

A pesar de que un sujeto pone en marcha un nexo causal, se superpone o irrumpen otro sujeto, un tercero, que rompe definitivamente el primer nexo causal. Diferente a ello es la contribución del tercero a la producción del daño, en cuyo caso estaríamos ante la presencia de un daño causado por varios sujetos. También es diferente a la prohibición de regreso, en el que la intervención del tercero debe ser gravemente negligente o dolosa y potenciar las consecuencias del daño.

10.4.4. Caso fortuito o fuerza mayor

El art. 30 del Código Civil, llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.; esto es, que nadie

responderá de aquellos sucesos que no hubiera podido preverse o que, previstos, fueron inevitables. Se trata de un artículo que se aplica tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual. La fuerza mayor engloba fenómenos de factores naturales cuyo efecto devastador es imposible evitar. El caso fortuito se refiere, más bien, a los sucesos o eventos que son imprevisibles por una persona razonable en su esfera de influencia o por una persona experta en el sector en el que desarrolla su actividad.

En el ámbito de actividades organizadas, el caso fortuito viene referido a los acontecimientos que ocurren en el interior de la empresa o en el centro organizado de trabajo, mientras que la fuerza mayor atiende al suceso que acaece en el exterior.

Para evaluar si el impedimento —caso fortuito o fuerza mayor— es exonerante, debe tenerse en cuenta los deberes de previsión a cargo de los sujetos agentes, los cuales están inmediatamente conectados a los niveles de diligencia exigibles en cada caso.

Cuanto mayor sea el nivel de profesionalidad y los estándares de la diligencia exigible, menor vida tendrá la alegación de los sucesos imprevisibles, casos por fortuitos.

11. La antijuridicidad

Para poder tratar este requisito, recordemos que hay daños no resarcibles, que no generan obligaciones de indemnizar; tales son, por ejemplo, los que están justificados por determinadas causas, como el estado de necesidad o la legítima defensa o, también a veces, los debidos acaso fortuito o fuerza mayor.

Este presupuesto de la responsabilidad debe estar presente y, con ello, no se exige otra cosa que la conducta del sujeto agente sea contraria al ordenamiento jurídico, bien porque contravenga a una norma concreta de responsabilidad, bien porque infrinja el deber general de no causar daño a otro.

En la responsabilidad civil también se tienen en cuenta una serie de causas de justificación o de exoneración, a saber: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En materia de responsabilidad médica sanitaria³²⁵ debe considerarse como un elemento básico para la antijuridicidad el *estado de la ciencia* en el momento de

³²⁵ Tratamiento de la antijuridicidad.- con carácter general, el primero elemento que determina que el daño producido por el profesional sanitario sea antijurídico —contrario a derecho— Y es la infracción de alguna de las obligaciones que conforman el conjunto de deberes que rige la actividad médica y sanitaria —*lex artis*—. El profesional médico debe ajustarse en todo momento a los niveles de diligencia y profesionalidad exigidos por la *lex artis* y de acuerdo con los conocimientos y avances científicos y técnicos del momento. Su diligencia se medirá en función de estos criterios y su infracción

producirse el daño, conocido habitualmente como *riesgo en desarrollo*. Para su evaluación, debe acudirse a las normas de cada régimen de responsabilidad, tanto el general de la responsabilidad subjetiva como el especial, si es el caso, de la responsabilidad objetiva.

Ahora, si el sujeto agente ejerce su conducta contraria al ordenamiento jurídico y provoca un perjuicio, este es indemnizable, excepto aquellos a los que la ley se refiera. Nuestro Código Civil se expresa al declarar la obligación de indemnizar por un daño, precisando que tal obligación la tiene el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha perjudicado a otro; de esta forma, vincula necesariamente el obrar u omisión antijurídica, no justificado, con el perjuicio.³²⁶

Nuestro Código finca la responsabilidad en el dolo y la culpa tradicional, esto es, la vieja regla de antijuridicidad que es la única que podía causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito; solo de esto dependía en cualquier evento la determinación de una responsabilidad exigible.

No había otro criterio para la valoración del daño que el grado de malicia o negligencia del autor y su influjo en el efecto perjudicial; en armonía con esto, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal, el culposo es base para el reclamo de una indemnización y el fortuito lo exime.

Estas nuevas orientaciones refieren a que hay daños en los cuales no interesa mayormente el dolo o la culpa y la antijuridicidad tiene otros fundamentos.

Hay nuevas figuras del daño, como el que puede darse por un hecho que en sí no es antijurídico, pero constituye obrar peligroso e imputable; o en actividades lícitas pero riesgosas, capaces de producir consecuencias ilícitas.

En un hospital se produce la fuga de una bacteria, la zona per se es un ambiente de realizaciones de actividades potencialmente dañosas, accidentes como contaminaciones de conductos de aire acondicionado que matan a neonatos, es pues

determinará, en primer lugar, la existencia de la negligencia y, en segundo lugar, si no concurre una causa de justificación o exoneración, que su actuación sea antijurídica. Entre las causas de exoneración, destaca especialmente el riesgo en desarrollo. Se trata del riesgo que no podía ser detectado de acuerdo con los avances de la ciencia médica existentes en el momento de la actuación. Y esta causa de exoneración, en una primera época, determinó, por ejemplo, la exoneración de los profesionales y de la administración sanitaria por las transfusiones de sangre y hemoderivados contaminados con el virus del VIH/sida o de la hepatitis C, cuando todavía eran poco conocidas por la ciencia médica, pues no podían detectarse de acuerdo con el desarrollo científico del momento. Pero después del avance médico en su detección y análisis esta causa no pudo alegarse más. No obstante, en cierto momento la sangre y los hemoderivados empezaron a ser considerados como medicamentos y en cuanto tales se les aplicó la legislación sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos.

³²⁶ Barragán Romero, *Elementos del daño moral*, 63.

una actividad lícita productora de daños; se trata aquí del riesgo abstracto provocado por una actividad lícita y sus efectos antijurídicos aparecerán si, en concreto, llegasen a causar daño.

Sobre la antijuricidad, el daño se considera de esta naturaleza cuando se vulnera la norma que protege el interés de otro y no de uno mismo, o sea, cuando se lesiona un interés ajeno. Por tanto, cuando el acto es antijurídico, este se extiende al daño que con él ha tenido lugar, ratificando lo expresado por Adriano de Cupis, según el cual la antijuricidad es la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto.³²⁷

La peculiaridad fundamental del daño se sustenta en la reacción jurídica que se da lugar contra él, cuando a causa de este se genera una sanción como respuesta al daño ocasionado para de esta forma asegurar un cierto interés contra los actos lesivos.

Corresponde apuntar que el objeto del daño se vincula con la tutela jurídica y va a ser siempre, según Thon,³²⁸ un interés humano. Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, este puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico, en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción.³²⁹

Como se aprecia, el sentido jurídico del daño se restringe al interés humano que está tutelado por el derecho.

El interés humano se clasifica en diferentes modalidades según el sujeto y sea público o privado y ambos pueden ser titulares de intereses relacionados con el mismo bien. Con respecto al daño que recae en un interés de carácter público se le considera daño público o daño delictivo en dependencia con la naturaleza del hecho que lo ha producido y de la reacción que se proyecte contra el perjuicio ocasionado, mientras que el privado se relaciona con el interés propio de la persona.

Resulta importante apuntar que en el ámbito penal la represión que tiene lugar no afecta al daño producido, o sea, la condena no coadyuva a neutralizar el daño ocasionado.

Por su lado, el daño privado relacionado directamente con el derecho civil, responde a intereses personales y regula formas de resarcimiento, lo que lo hace diferente al daño tratado desde el derecho penal.

³²⁷ Levi, *Teoría general del derecho*, 93.

³²⁸ Augusto Thon, *Norma jurídica y derecho* (Roma: Padova, 1939), 13.

³²⁹ *Ibíd.*, 109.

Por otra parte, el daño está sujeto a intereses patrimoniales y no patrimoniales, el primero vinculado a la riqueza material y los no patrimoniales son aquellos que se excluyen de la definición anterior, entre ellos está el daño moral que afecta determinados sentimientos, emociones y, en fin, sufrimientos virtuales, que es un perjuicio ocasionado a los sentimientos de carácter físico y psíquicos.

Con respecto al hecho productor del daño debe plantearse que para el derecho no guarda importancia alguna, a efectos de la responsabilidad, la desviación del daño de la cosa, sino que lo que resulta verdaderamente relevante es la participación humana que da lugar al daño en sí. Existen otros tipos de daño que son importantes destacar: el daño de tipo contractual, que se deriva de un contrato específicamente y se manifiesta cuando se viola una obligación pactada en el mismo, y el extracontractual, que no presupone vínculo jurídico alguno.

Otro de los aspectos a tener en cuenta son los elementos del daño. Cerutti³³⁰ plantea que cuando existe un daño están presentes los siguientes:

- a) Un sujeto responsable;
- b) La ocurrencia de una acción u omisión que provocó el daño;
- c) Consecuencias que dan lugar a una afectación por la acción u omisión;
- d) Existencia de una víctima; y
- e) Una norma jurídica que establece la obligación de reparar.

Por tanto, la responsabilidad por daños exige de manera general la existencia de un vínculo entre la conducta del autor y el daño. El daño culposo se manifiesta ante una conducta de tipo negligente, descuidada o atropellada.

El daño se conforma, según Cupis,³³¹ como un fenómeno de tipo natural que existe como hecho natural con independencia de la actuación del ser humano, como la fuerza moral que crea o incrementa, destruye o elimina situaciones.

Este daño calificado por el derecho va a tener un matiz diferente, va a constituir un hecho jurídico y, en esa medida, este cocimiento va a ser importante para el derecho. Naturalmente, el daño es importante para el derecho, luego va a tener un efecto jurídico que consiste en la reacción que el derecho facilita para lograr su represión.

Es vital detenerse en la culpa, que es definida por Cupis como “un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprobable”;³³² la culpa

³³⁰ *Ibíd.*, 20.

³³¹ Cupis, *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 56.

³³² *Ibíd.*, 185.

se relaciona con la antijuricidad y viene unida al hecho material que la causa, es vista como un *mínimum* dentro de la responsabilidad. La culpa es vista como la inclinación a un sentido atenuado de la responsabilidad de los actos propios y de las propias omisiones.³³³

Por otro lado, debe diferenciarse la culpa del dolo, aunque ambas tienen en común la voluntariedad del hecho productor del daño. En el dolo se manifiesta la voluntad y se tiene la conciencia de causar el daño y este en el orden penal puede ser de diferentes clases, como, el dolo directo o de primer grado, que está basado en la intención y mediante ella se perfecciona el tipo penal que voluntariamente es llevado a cabo por el infractor.

Por otra parte, está el dolo directo o de segundo grado, en el que concurre el conocimiento del autor sobre el hecho que va a desarrollar de forma consciente y la previsibilidad de producir el resultado típico.

Por último, el dolo eventual, en el que el autor prevé como posible el resultado típico y, además, se conforma con él.

El dolo en el derecho civil es visto por Banfi del Río³³⁴ como un elemento atribuible a la responsabilidad civil en situaciones en que esta puede ser imputada, sin que esté presente la intención.

Por su parte, en la culpa no existe previsión del daño que se pudo prever. Sobre ello se expone que:

Hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria.³³⁵

La culpa se puede manifestar de manera consciente o no; la persona culpable no tiene como fin causar un daño y se puede manifestar por un descuido o imprudencia en las que no previó sus consecuencias. Luego de visto de forma general el daño y la culpa, resulta prudente analizar este en la persona y en el ámbito médico.

Otro aspecto a tener en cuenta dentro del daño es su contenido, el cual está sujeto a la relación de causalidad que existe entre el hecho productor y el daño en sí, el que

³³³ Mario Rotondi, *Instituciones de derecho privado* (Madrid: Olejnik Ediciones, 2019), 33.

³³⁴ Cristian Banfi del Río, *Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés* (Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2017), 8.

³³⁵ *Ibíd.*, 187.

constituye el nexo que se produce entre ambos, por lo que uno asume el efecto jurídico con respecto al otro.

De la mencionada causalidad y dentro del contenido del daño está lo referente a la determinación del *quantum* indemnizatorio atendiendo a lo antes expuesto para determinarse el monto de este para proceder a la represión jurídica del hecho perjudicial, por ello es necesario, según Cupis,³³⁶ determinar los límites dentro de los cuales el daño puede considerarse causado por un hecho humano y que cuente con los requisitos establecidos por la normativa con fines de responsabilidad.

En el mismo orden, cuando a raíz del daño se debe reparar de forma pecuniaria pueden presentarse determinadas situaciones problemáticas relacionadas con el devenir de los daños, o sea, estos pueden ser daños de una entidad distinta, de mayor o menor grado que los inicialmente valorados, y que al pasar el tiempo determine la valoración de los daños experimentados en la víctima y, por tanto, se debe contar con diferentes criterios con el objetivo de que la indemnización sea lo más justa posible.

Se debe tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo que la víctima ha empleado por su cuenta para reparar el daño y dicho monto debe formar parte de la indemnización porque aspectos como el interés y la depreciación forman parte de los perjuicios sufridos por la víctima. Tales perjuicios deben estimarse desde la concepción de que lo que se habría producido si no hubiera ocurrido un acto lesivo.

En ese sentido, la desvalorización monetaria en el campo de la responsabilidad extracontractual influye de manera automática en la valoración cuantitativa del daño y, en especial, cuando resulta imposible el resarcimiento de una forma determinada, por lo que debe tenerse en cuenta la devaluación monetaria sobrevenida entre el tiempo en que ocurrió el daño y el de la liquidación, cuyo criterio debe hacerlo el juzgador de oficio. Por tal motivo, la doctrina y la jurisprudencia analizan la fijación de este tipo de deudas en valores y no en dinero.

12. Requisitos del daño. Reserva del daño resarcible

El daño debe consistir en la lesión o menoscabo de un bien personal, patrimonial o moral, sobre el cual se tiene un interés quien lo ha sufrido.

El interés propio, lo puede reclamar el que ha sufrido. Propio no significa que deba corresponder solo a la persona que ha sido víctima del hecho dañoso, sino al interés afectado; puede haber damnificados directos e indirectos y así, por ejemplo, en un

³³⁶ *Ibíd.*, 246.

homicidio es directo la víctima del daño, la persona que ha muerto, y son indirectos quienes sufren por la lesión a un interés propio, como los cónyuges, padres, hijos.

La sola existencia del daño no implica que este vaya a ser reparado, puesto que para esto deben darse las condiciones descritas a continuación.

Daño se define en términos amplios: la norma produce el efecto de que el daño resarcible incluya una variación negativa en la esfera protegida de la parte dañada; de este modo, la noción de daño no es natural, sino jurídica.

Cualquier clase de pérdida esta potencialmente cubierta por la noción de daño; por consiguiente, tanto el daño inmaterial, como el material pueden constituir daño resarcible.

Sin embargo, los principios de derecho de daños y la Ley de manera general se aplican únicamente al daño resarcible, es decir, al daño a un interés jurídicamente protegido. No son resarcibles otro tipo de perjuicios, incluso aunque pudieran ser considerados daño en el uso ordinario del lenguaje. De este modo, una persona no puede reclamar compensación por haber sido privada de los frutos de una actividad ilícita.³³⁷

El impacto del daño en el sujeto dañado o sus damnificados configuran una diversidad de situaciones que han dado origen en la doctrina y la jurisprudencia — podríamos decir desde que existe el derecho mismo— al debate sobre la conformación metodológica de categorías y de sus contenidos.³³⁸

13. Medicina voluntaria o satisfactiva y medicina curativa o paliativa

En la medicina voluntaria o satisfactiva, el paciente solicita la prestación de un servicio que no va dirigido a la curación de una enfermedad o patología. Los ejemplos más destacados son las intervenciones de planificación familiar, la cirugía estética correctora y las intervenciones odontológicas no urgentes. En estos casos suele hablarse de que la actividad que debe desarrollar el profesional sanitario se dirige a la

³³⁷ Martín-Casals, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, 61.

³³⁸ Dos son las cuestiones que entraña desde lo metodológico: en primer lugar, siempre surge la necesidad, en cualquier investigación, de construir una base teórica alrededor del tema de estudio. Este marco conceptual permite homogenizar y diversificar elementos del conjunto (daño) así como profundizar en el análisis y mejorar la comprensión. En segundo lugar, seleccionados los elementos del conjunto (diversidad de daños, causas y efectos) establecer el planteamiento de la hipótesis, es decir si puedes considerar categorías autónomas (características propias de cada una y diferenciadas de las demás categorías). En nuestro caso se ponderan los datos cualitativos para la construcción de las dos categorías respecto de la incidencia del daño en los ámbitos, roles y funciones de las personas, considerando a la misma como un todo íntegro (biofísico y psíquico) separable al solo efecto de una mejor identificación del origen y el impacto del daño, y consiguientemente establecer la calidad de la prueba y el modo de reparación.

consecución de un resultado concreto previsto en el contrato de servicios, a diferencia de la medicina curativa o paliativa, en la que la actividad del profesional consiste en hacer todo lo posible por sanar al paciente o mitigar su enfermedad, pero no puede garantizarse la consecución de resultado. En la medicina voluntaria, los deberes de información se intensifican, porque el paciente tiene un mayor margen de libertad y porque la existencia de riesgos excepcionales podría hacer caer al profesional en la tentación de no informar sobre ellos al objeto de que el paciente no se retracte.

14. Responsabilidad médica

Portero³³⁹ expone las opiniones de Gisbert Calabuig, quien consideró que en el crecimiento de la exigencia de este tipo de responsabilidad incidieron: la proliferación de la actividad médica; los avances que se han ido introduciendo en la medicina; la divulgación a través de los medios de comunicación de los problemas de tipo médico y las soluciones; la conciencia adquirida por el paciente de que la atención médica y su curación es un derecho; el riesgo que traen consigo el tratamiento y terapias complejas; la especialización dentro de la medicina, que hace suponer que los especialistas cuentan con la preparación suficiente; la transformación en la relación médico-paciente, entre otras.

La responsabilidad médica es parte de la responsabilidad profesional, la cual, para Thompson,³⁴⁰ se rige por los siguientes principios: no maleficencia, utilidad, beneficencia, autonomía y justicia.

Calabuig³⁴¹ conceptualiza la responsabilidad como la obligación de responder por nuestros actos, aún más si han traído como consecuencia el daño en personas. Por tanto, significa corregir, reparar o indemnizar aquel daño.

También, indica que la responsabilidad³⁴² médica es el deber de subsanar o compensar los daños producidos por el médico en el desempeño de su praxis

³³⁹ *Ibíd.*, 91.

³⁴⁰ J. Thompson, *Los principios de la ética biomédica* (Madrid: Unaed, 2010), 6.

³⁴¹ Gisbert Grifo y A. Fiori. “Responsabilidad médica”, en *Medicina legal y toxicología*, eds. E. Villanueva Cañadas y Gisbert Calabuig, 6.^a ed. (Barcelona: Masson, 2004), 109.

³⁴² Es preciso distinguir cada una de las diferencias significativas en orden a establecer la noción general de responsabilidad jurídica, articulándola sistemáticamente desde una perspectiva que las incluya a todas, bajo algún criterio que permita simultáneamente ponerlas en condiciones de ser tenidas en cuenta por las teorías jurídicas, así como por sus aplicaciones técnicas. Por ello, debemos buscar algún concepto jurídico en cuyo despliegue la noción que buscamos sea tan obvia y natural que salgan a la luz las nociones jurídicas con una adecuación suficiente. Habríamos de fijarnos en algún elemento del saber jurídico cuyo examen detenido dé forma a los instrumentos y a los presupuestos conceptuales de la personalidad, hasta el punto de que podamos referirnos claramente a ellos. Al lado del conjunto de las disposiciones normativas, de las sanciones positivas y negativas, de las diversas relaciones jurídicas, de las garantías que

profesional. Además, añade que la responsabilidad profesional médica debe verse como la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

De manera que es necesario definir la responsabilidad médica como la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.³⁴³

Por su lado, Ordoñez³⁴⁴ analiza que la responsabilidad médica es la obligación que tienen que asumir los médicos por la consecuencia de determinadas faltas en las que incurren y que pueden dar lugar a acciones civiles y penales. Además, que:

Debe entenderse bajo este concepto la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo.³⁴⁵

En ese sentido la responsabilidad médica puede traer consigo, además de la responsabilidad civil, penal y administrativa, puesto que en ese ámbito cualquier acción u omisión que haya causado un daño puede dar lugar a suspensiones u otro tipo de sanción en dicha materia, igualmente responsabilidades relacionadas con el daño moral y patrimonial – estatal sanitaria.

En la actualidad, en la medicina se han introducido adelantos tecnológicos de primera generación, lo que incide en su perfeccionamiento técnico, facilitando brindar mejores y más certeros diagnósticos y mejorar la asistencia, incurriendo ello en la responsabilidad médica, volviéndola mucho más rigurosa que en otros momentos. Por tanto, el ejercicio de la medicina requiere observar las disposiciones generales de su actividad y el cumplimiento de la normativa legal, técnica y metodológica.

definen equitativamente los grados de causalidad del daño y en mérito en el beneficio, hay un elemento que reclama ser considerado en primer plano a los defectos de considerar en qué consiste primordialmente la noción de responsabilidad, puesto que toda responsabilidad jurídica afecta a algún sujeto jurídico y se constituye en adherencia propia que especifica sus derechos y obligaciones en cada caso. Ángel Sánchez De la Torre e Isabel Araceli Hoyo Sierra, *Fundamentos del conocimiento jurídico. ¿Por qué es responsable jurídicamente?* (Madrid: Dykinson, 2007), 10.

³⁴³ Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicológica*, 107.

³⁴⁴ María Victoria Ordoñez cita a Andrés Ycaza Palacios sobre la responsabilidad médica en el Ecuador, consultado el 11 de febrero de 2019, <https://www.derechoecuador.com/la-responsabilidad-medica-en-el-ecuador>.

³⁴⁵ *Ibíd.* 1.

La responsabilidad del médico trasciende a la ética, al ámbito social y jurídicamente se manifiesta desde el primer momento que se presenta la relación médico-paciente, lo que lo obliga a reparar cualquier tipo de consecuencias derivadas de sus actos, omisiones y errores, ya sean de carácter voluntario, e involuntarios incluso dentro de determinados límites, cometidos en el desempeño de su profesión, sin perjuicio de las consecuencias administrativas, civiles y/o penales que se deriven del acto médico. Sobre la responsabilidad médica se asegura que:

Durante el ejercicio de la medicina, surge la responsabilidad médica, que es la obligación que tiene toda persona que ejerce una rama del arte de curar, de responder ante la justicia por los daños ocasionados con motivo del ejercicio de su profesión. La responsabilidad médica así definida, cuenta con las siguientes normas: Impericia, que es lo contrario a la pericia y que significa falta de conocimientos técnicos. Imprudencia, que es lo opuesto a la prudencia; es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, y proceder con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción. Negligencia, es lo inverso al sentido del deber; es el incumplimiento de los elementales principios inherentes a la profesión.³⁴⁶

Actualmente muchos profesionales de la salud son objeto de quejas y demandas que surgen en la prestación de los servicios sanitarios requiriendo de la comunidad médica un dominio y respeto de las normas y, en consecuencia, de las consecuencias que acarrea la responsabilidad médica, teniendo en cuenta que, ante cualquier situación, el elemento central son los derechos fundamentales del hombre, entre ellos, el derecho a la vida, a su integridad y a recibir atención médica de calidad encaminada a la prevención, cura y rehabilitación de su salud.

Por tanto, se debe afirmar que existe responsabilidad médica cuando están presentes figuras como la impericia, incumplimiento de la *lex artis*, negligencia o imprudencia.

Resulta oportuno exteriorizar que, con respecto a la responsabilidad médica, esta puede incidir negativamente en los galenos, por ejemplo, mostrar desinterés en especialidades que implican riesgos, como la obstetricia, neurocirugía o la anestesiología, lo que puede afectar a la demanda; ello también trae consigo el aumento del costo de los servicios. Atendiendo a que los médicos adoptan estrictas medidas de precaución, entre ellas, el estudio detallado de diagnóstico, la aplicación de terapéuticos, el rechazo de casos complejos o la contratación de seguros médicos, y desempeñan su actividad con un carácter defensivo ante los riesgos este sentido, se plantea que:

³⁴⁶ Pablo Bonnet, *Lecciones de medicina legal* (Buenos Aires: López, 1984), 19.

El gran peligro del incremento de demandas es el progresivo miedo a ejercer, especialmente en cirugía, donde ya se confunde el riesgo quirúrgico con el riesgo legal. Por ello es necesario evitar la tendencia que irá quitando al médico y al cirujano la voluntad de asumirlo. La profilaxis del miedo suprimiendo todo trato con pacientes de alto riesgo o de personalidad conflictiva es un seguro profesional indirecto, pero también un riesgo invertido porque desprotege o abandona al enfermo.³⁴⁷

Existe hoy una óptica positiva partiendo de que el médico acepta su responsabilidad, lo que no implica que se frene la iniciativa del galeno ni detiene el progreso. Además, el compromiso con la actividad refuerza la reputación del médico, atendiendo a que se sanciona a los negligentes, lo que se revertirá en una mejor atención y beneficio para los pacientes y miembros del equipo médico.³⁴⁸

Al momento de valorar la conducta de los profesionales sanitarios con objeto de imputar algún tipo de responsabilidad, se debe rechazar de plano todo tipo de responsabilidad objetiva, de modo que no se aplica ninguna presunción de culpa, ni tampoco se invierte la carga de la prueba. Es el paciente quien tiene que probar la culpa del profesional médico y el nexo de causalidad, de forma que solo cuando quede absolutamente acreditado que el acto médico no se practicó según las técnicas y los conocimientos científicos y médicos exigibles, o con infracción a los mismos, existirá responsabilidad.

Además de probar la relación o nexo causal, se ha de añadir el reproche de culpa. La cuestión es en qué consiste la culpa del médico o, dicho de otra manera, conforme a qué parámetros de diligencia debe comportarse el profesional médico sanitario para descartar su responsabilidad.

Para determinar la culpa del profesional médico, se ha de partir de la omisión de diligencia cualificada que establece la *lex artis*. Por lo tanto, atendiendo nuestro tema,

³⁴⁷ Manuel Fernández Puente, “Aspectos históricos de la responsabilidad médica”, *Revista Chilena de Cirugía* 54, n.º 6 (2012): 564.

³⁴⁸ Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policía y Tránsito. 20 de abril de 2016. Bernard Mazoyer vs. Clínica Pichincha y otros. [...] desde el momento en que el médico es llamado a atender al enfermo y acude al centro hospitalario, se hace responsable de brindarle todos los cuidados médicos que se requieran para mejorar su salud, teniendo como responsabilidad principal conservar la vida del enfermo [...] el médico tiene el deber de dar asistencia médica los pacientes que sufren una inhabilidad o cronicidad [...] Todo el procedimiento clínico quirúrgico complejo, así como la anestesia, debe practicarse en centros hospitalarios y con los elementos químicos adecuados para el procedimiento. El tratadista José Ángel Patitó, refiere: La responsabilidad médica es la obligación que tienen los profesionales que ejercen la medicina, de responder las consecuencias derivadas de su actuación profesional. [...] Es una variedad de la responsabilidad profesional, conceptuándose a todos los daños en el cuerpo, en la salud o la muerte de los pacientes que estaban bajo la asistencia médica. [...] Para este Tribunal, queda claro que la *lex artis*, son las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, en este caso, de la profesión médica, recalando que es obligación del médico atender al paciente de acuerdo con estas reglas y con la correcta indicación médica.

se destacan dos elementos, la naturaleza de la obligación del profesional médico sanitario y las circunstancias de las personas, relación profesional médico-paciente, tiempo y lugar.

14.1. La naturaleza de la obligación del médico: obligación de medios u obligación de resultado

Una de las primeras cuestiones a las que se refieren los tribunales cuando abordan la posible determinación de responsabilidad del profesional médico es la calificación de su obligación como de resultado o de medios.

En el primer caso, si la obligación del profesional es calificada como una obligación de resultado, la no obtención de los resultados esperados determina el nacimiento de responsabilidad, con independencia de cuál haya sido la actuación del médico para alcanzar aquellos y de las circunstancias que, excluyendo el caso fortuito, intervención de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, hayan concurrido en el paciente en particular.

Por el contrario, si la obligación es considerada como de medios, el foco se ha de poner en la diligencia con la que el médico ha desplegado su conducta, y solo en el caso de que no haya sido la debida, cuya prueba corresponde al paciente, responderá por los daños ocasionados.

Ahora bien, hay que destacar que durante un tiempo juristas estudiosos de la materia han diferenciado según se trate de medicina curativa —necesaria, terapéutica o asistencial—, cuyo objeto es la curación del paciente que sufre una alteración patológica en su organismo, y la denominada medicina voluntaria, satisfactiva o de satisfacción, en cuyo caso se actúa sobre una persona sana con el objetivo de mejorar su aspecto o para afectar a su capacidad reproductora.

En el primer caso, se decía que efectivamente la obligación del médico era una obligación de medios —se calificaba como arrendamiento de servicios— mientras en el segundo, sin perder tal carácter, la obligación del facultativo se aproximaba al contrato de obra, donde el médico aseguraba al paciente un cierto resultado.

En la actualidad se mantiene y se ratifica que la obligación del médico es en todo caso una obligación de medios. En los supuestos de medicina voluntaria o satisfactiva se califica como una obligación de medios incluso acentuada, puesto que, se recuerda, en este tipo de actividad médica resulta especialmente importante la información rigurosa, detallada y exhaustiva que se debe proporcionar al paciente que

voluntariamente decide someterse a un tratamiento o intervención médica acerca de los riesgos, posibles complicaciones y efectos secundarios de aquéllos, incluidas posibles alternativas a los tratamientos inicialmente proyectados.

14.2. Líneas de responsabilidad profesional médica

Los actos derivados de la práctica médica distinguen diferentes tipos de responsabilidad. Esta varía según el actor del hecho y el lugar donde ocurre. Siendo así, se establecen cuatro tipos de responsabilidad: penal, civil, administrativa y, finalmente, ético-deontológica.

De manera general se debe destacar que, en el ámbito penal, cualquier médico puede ser inculcado, ya sea a través de una denuncia, en un acto ilícito penal. A continuación, se detallan algunas de estas circunstancias:³⁴⁹

- a) Como ciudadano, sin que se relacione la denuncia con su actividad profesional.
- b) Debido a su práctica profesional, donde se incurre en la transgresión dolosa de normas legales. Entre los ejemplos que se pueden citar se encuentran: la eutanasia, el aborto sin consentimiento o con consentimiento fuera de los casos permitidos por la ley, lesiones al feto, exposición dolosa a radiaciones ionizantes y la falta de intrusismo.
- c) Por otro lado, existen situaciones que conllevan a un aumento de la pena, como, por ejemplo: omisión del deber de socorro, divulgación del secreto profesional, actos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas y la certificación falsa.
- d) Conductas penadas por imprudencia profesional.

Se debe subrayar que la responsabilidad penal es personal e intransferible, además de que su condena puede llegar a implicar una pena privativa de libertad en función del tipo de negligencia y la gravedad del perjuicio ocasionado, y en todos los casos trae consigo la inhabilitación de la práctica profesional. A su vez, se relaciona directamente con la responsabilidad civil, es decir, de ser encontrado culpable, además de la pena personal debe resarcir económicamente a la víctima. Este tipo de responsabilidad y los tipos penales asociados a ella se analizarán en el capítulo siguiente.

El segundo tipo se basa en la responsabilidad civil. Esta consiste en la obligación de subsanar el daño y se materializa con la indemnización, la que puede ser de tipo médica o monetaria. Tiene como principales características que es de carácter directo y

³⁴⁹ Jordi Medallo-Muñiz y Amadeo Pujol-Robinat A. y Josep Arimany-Manso. “Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional médica”. *Elsevier* 126, n.º 4 (2006): 152.

subjetivo. Sin embargo, esta no solo recae en el médico, sino que también tiene gran responsabilidad el centro sanitario. La técnica a seguir consiste en establecer una presunción en contra del titular del centro que se apoya en una inversión de la carga de la prueba y se basa en títulos de imputación que convierten la responsabilidad del centro en cuasi-objetiva.

Por su lado, el tercer tipo se manifiesta en el espacio contencioso-administrativo. En este caso quien es juzgado no es el médico, sino la administración sanitaria. El análisis que se realiza en estos supuestos es si la administración puso a disposición del paciente los medios necesarios para la actividad médica. Esta cuestión muchas veces se trata de una demanda económica y no afecta al actor de la práctica médica. En este ámbito se sitúa el concepto de antijuridicidad del daño. Esta se entiende como el daño que el paciente no tiene que sufrir; por tanto, se circunscriben los daños en los que se ha ofrecido una asistencia sanitaria incorrecta por no ajustarse a la *lex artis ad hoc*.

Por último, se debe señalar la responsabilidad ético-deontológica. Esta no se relaciona con la esfera judicial, sino con el plano de la Ética. Puede detallarse como el incumplimiento de los deberes establecidos por las normas reguladas por los estatutos generales de la Organización Médica Colegial y el Código de Deontología Médica.³⁵⁰ Estas reglas inspiran y guían la conducta profesional del médico.

14.3. Acto médico

El acto médico promueve la salud, el bienestar y la prevención de enfermedades. Por tanto, tiene como objetivo restablecer la salud del paciente. Para lograr esto, el médico destina todos los medios que posee para efectuar un procedimiento médico, actúa basado en sus conocimientos, su preparación técnica, dedicación y cuidado para aliviar los efectos de las enfermedades.

Cabe señalar, que no siempre se pueden garantizar los resultados y que se deben advertir de los posibles riesgos inherentes. Solo en casos como la obstetricia y cirugía plástica, el médico tiene la obligación de ofrecer resultados favorables ante el paciente.

Debe agregarse que mediante el acto médico se busca la seguridad del paciente, la cual está basada en la inexistencia de errores o complicaciones que pueden evitarse

³⁵⁰ Amadeu Pujol Robinat, C. Martín Fumadó y D. Giménez Pérez D. *Responsabilidad profesional médica. Medicina legal en asistencia primaria. Guía práctica* (Barcelona: EdikaMed, 2012), 99.

como consecuencia de la interacción con el sistema de salud y el personal médico y auxiliar con el paciente durante la atención recibida.

Igualmente, debe definirse el acto médico desde otras perspectivas. Para Mezger,³⁵¹ es aquella acción que se desarrolla por el médico en el desempeño de su actividad profesional encaminada a favorecer las condiciones de vida y de salud de las personas.

Por su lado, Pizarro³⁵² expone que el Comité de Expertos en problemas jurídicos del Consejo Europeo emitió como concepto de acto médico cualquier tipo de tratamiento, intervención o examen con el objetivo de emitir diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación que lleva a cabo un galeno bajo su responsabilidad.

Es decir, que la actividad médica no es más que la relación que se establece entre el médico y su paciente. El primero tiene como responsabilidad orientar y remediar los padecimientos de la enfermedad y el segundo acude ante su problema de salud.

Villanueva³⁵³ considera que el acto médico es toda actividad lícita que lleva a cabo un médico legalmente reconocido dirigida a curar una enfermedad o a promover la salud integral de la persona. Como se aprecia hasta aquí se analiza el acto médico desde una acción positiva, sin embargo, cuando el médico actúa ejerciendo su profesión ilegalmente o existe acción u omisión que afecta la integridad, se pone en riesgo la vida o se causa la muerte aparece el acto médico negativo.

Corresponde señalar que entre los requisitos del acto médico está actuar lícitamente; ello conlleva a ejercitar las siguientes actividades de conformidad con la normativa, que se clasifican en:

- a) Atendiendo a sus fines: esta clasificación implica que la finalidad de la actividad del galeno es curativa, preventiva, encaminada a aliviar el padecimiento y a brindar cuidados paliativos. El acto médico puede ser extracorporal.
- b) Por consenso: el acto médico por naturaleza posee un carácter personal y bilateral, puesto que el paciente debe expresar su consentimiento siempre que sea posible para que dicho acto sea realmente lícito y a su vez el médico debe respetar la decisión que haya tomado su paciente, salvo que el consentimiento no sea válido o que la misma le cause daños irreparables.

³⁵¹ Edmund Mezger, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio* (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958), 206.

³⁵² Carlos Pizarro, "Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas". *Revista Médica de Chile*, n.º 136 (2008), 539-43.

³⁵³ Gisbert Grifo y Fiori, "Responsabilidad médica", 109.

- c) Acogerse a la *lex artis*: ello implica aplicar y respetar las exigencias deontológicas, jurídicas y profesionales que regulan el ejercicio profesional.
- d) Cumplir con los preceptos legales: son aquellos establecidos para la actividad médica por el ordenamiento jurídico.
- e) La culpa profesional: basado en que constituye el deber objetivo del médico el cuidado que debe dar al paciente que se encuentra bajo su tutela y cuidado.

Por otro lado, la actividad legítima dentro del acto médico emana de la ley, considera al médico el sujeto activo dentro del derecho sanitario y para desempeñar su actividad debe cumplir con los siguientes requisitos: el galeno ha de contar con su título y con la autorización pertinente para ejercer su profesión, debe practicar los actos médicos de forma habitual y entre sus limitaciones están que no debe realizar promesas relacionadas con las curaciones a plazo fijo, ni empleando métodos secretos ya que crea una incertidumbre con respecto a definir si el paciente puede curarse utilizando el medicamento prescrito de manera rápida o puede no curarse y prolongarse por largo tiempo su padecimiento.

Se considera un acto médico ilegal cuando la persona que actúa como médico no posee el título correspondiente o, contando con él, no tiene la autorización pertinente para ejercer.

El otro supuesto corresponde a cuando el galeno posee tanto su título y la autorización, pero desarrolla su actividad en circunstancias ilícitas.

Como manifestaciones de la actividad ilegal de la medicina se identifican por Sigüenza³⁵⁴ las siguientes:

Habitualidad, consistente en la reiteración o repetición de la práctica de un acto médico. Las acciones independientes o eventuales no forman parte del ejercicio de la medicina; sin embargo, sí son realizadas de manera frecuente, aunque sean gratuitas con fines altruistas.

El charlatanismo, cuya particularidad está en realizar el anuncio o promesa de curar enfermedades, a término fijo o por vías secretas o infalibles. El empleo del engaño constituye una actitud contraria a la Ética y a la ley, y que en determinados casos puede comprometer la salud.

³⁵⁴ Aida Melania Sigüenza Bonete, *La responsabilidad profesional de los médicos en el Ecuador* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2015), 61.

14.4. Tipos de actos médicos

El acto médico es el medio donde se ponen en práctica los conocimientos y habilidades con la finalidad de obtener un resultado de alivio en el paciente. En los casos donde sea posible, se puede obtener la cura; esta acción u omisión en el ejercicio de la profesión es lo que perturba al entorno y produce consecuencias desde el punto de vista legal.

Por otra parte, existen dos tipos de actos médicos: el directo e indirecto, aunque también se encuentra el acto médico documental.

El primero, cuando hay una relación directa entre el paciente y el médico. En estos casos, puede aparecer, entre otras, la responsabilidad médica penal. Dichos actos pueden ser de carácter preventivo, de diagnóstico, de terapia o rehabilitación.

El segundo son los actos indirectos, es decir, los que no ejecuta el médico directamente sino a través de auxiliares, exámenes y diagnósticos en los que se apoya para decidir.

El acto médico documental complementa a los dos tipos de actos, antes mencionados. Este deja constancia de la actuación del profesional en un caso determinado y tiene una gran relevancia como prueba dentro de una reclamación o proceso. Los actos médicos documentales incluyen el certificado médico, la receta y la historia clínica —este último es el más importante de todos—.

14.5. Elementos constitutivos de la responsabilidad profesional médica

Responsabilidad médica entendida como la obligación de proveer al paciente los cuidados que se requieran.

Diversos elementos deben ser tenidos en cuenta, tales como: la obligación preexistente, la falta médica, el perjuicio ocasionado y la relación de causalidad.³⁵⁵

- a) *Obligación preexistente*: este constituye un elemento fundamental en los casos donde se omite la prestación de servicios y este acto constituye el origen del presunto daño o perjuicio. Es decir, que esto no es más que la obligación de hacer lo que está establecido por la ley. Por tanto, en estos casos se debe probar que un profesional médico debía actuar como tal en aquel momento.
- b) *El error médico*: este se concibe como el descuido o la falta de atención, detallada por la jurisprudencia como *incumplimiento de la lex artis*. Todo esto

³⁵⁵ Gisbert Grifo y Fiori, “Responsabilidad médica”, 109.

se traduce como la inadecuación del ejercicio médico en un determinado momento. Dentro de este aspecto, se debe contar con la valoración de la praxis médica, por lo que es fundamental el informe pericial médico. Debido a esto, la prueba pericial médica debe realizar un estudio detallado del caso, analizando los documentos disponibles. Entre estos se destaca la historia clínica como elemento clave para supervisar la praxis.³⁵⁶

- c) *Perjuicio ocasionado*: la falta médica debe ocasionar un daño real en el paciente, la familia o terceras personas, tal como la muerte, lesiones físicas o psíquicas. Se señala que estos daños pueden ser además físicos cuando se presentan alteraciones en el orden patológico, e incluye las psicológicas y materiales cuando se refiere a que el facultativo con su actuación provoca que el afectado tenga que realizar gastos económicos entre los que se encuentran: compras de medicamentos, pagos de terapias, gastos hospitalarios y todo aquellos que el paciente haya dejado de percibir como consecuencia de la lesión.³⁵⁷
- d) *Relación de causalidad*: esta correspondencia se da cuando existe una relación causa-efecto entre la falta cometida y el daño ocasionado. Cuando se logra probar dicha correlación puede ser probada la responsabilidad profesional médica. Una de las características que dificulta mayormente poder determinar esta relación causal es la pluralidad de las causas.

Se debe apuntar que resulta muy raro que, en el daño sufrido por el paciente, exista una causa única y lineal. En estos casos, la consecuencia es inevitablemente el daño. A diferencia de esto, lo usual es que existan un conjunto de causas donde cada una ocupa una posición jerarquizada o de mayor influencia en el desencadenamiento del daño.

Corresponde plantear que, para Carrasco,³⁵⁸ debe de concurrir una relación estrecha entre la acción del médico y el resultado lesivo, lo que implica que los daños que sufre el paciente deben ser consecuencia directa de la acción y, dentro de estos, no se tienen en cuenta aquellos provenientes de la propia patología del paciente o de una evolución de carácter negativa posterior.

³⁵⁶ Pujol Robinat y Puig Bausili, *El informe médico-forense en las denuncias por mala praxis médica*, 177.

³⁵⁷ Juan José Carrasco Gómez, *Responsabilidad médica y psiquiatría* (Madrid: Colex, 1998), 18.

³⁵⁸ *Ibíd.*, 32.

La relación de causalidad se establece desde los siguientes criterios: cronológico, de continuidad sintomática y topográfica.

El criterio cronológico —según Laborda—³⁵⁹ está relacionado con el tiempo que transcurre entre el hecho que da lugar a la reclamación y la aparición del perjuicio. Por su lado, la continuidad sintomática se refiere a la evolución que va teniendo el caso que va poniendo de manifiesto la aparición de señales entre las manifestaciones clínicas iniciales y el daño final. Todo ello se consigna en la historia clínica y va apareciendo durante la aplicación de tratamientos regulares y durante el seguimiento en consulta. El criterio topográfico es relativo al espacio, o sea, a la zona dañada en la que aparece la lesión. En caso de que no exista coincidencia entre una y otra debe fundamentarse la manera en que surge la enfermedad.

14.6. Niveles de responsabilidad sanitaria

La responsabilidad sanitaria es vista por Corbella³⁶⁰ desde tres niveles, que son:

- a) primer nivel se define como la responsabilidad del médico.
- b) segundo nivel se refiere a la responsabilidad de las instituciones sanitarias, como son los: hospitales, clínicas y centros de atención primaria.
- c) tercer nivel hace referencia a la responsabilidad de la administración encargada de planificar la asistencia médico-sanitaria.

14.7. Mala praxis

Al tratar la mala praxis tomamos como punto de partida el término desde su concepto etimológico, qué significa mala práctica.³⁶¹

Este se aplica en las situaciones donde el ejercicio de la medicina no se corresponde con lo que la jurisprudencia conoce como *lex artis*, reconocido en términos generales del concepto legal usado como el equivalente a la técnica correcta. Por otra parte, la *lex artis ad hoc* constituye el criterio para valorar un acto médico concreto realizado por el profesional de la salud.

³⁵⁹ Eugenio Laborda Calvo, *La valoración del daño: Estudio del nexo de causalidad* (Madrid: Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal, 2016), 8.

³⁶⁰ Jacinto Corbella, *La responsabilitat del metge i de les institucions sanitàries* (Barcelona: Real Academia de Medicina de Barcelona, 1985), 12.

³⁶¹ La mala práctica médica es de tres tipos: 1.- Deliberada mala práctica. 2.- Mala práctica por negligencia. 3.- Mala práctica por ignorancia.

La mala praxis se considera por Lascariz³⁶² como aquel tratamiento malo, que presenta errores o es negligente, que su resultado causa un determinado daño, sufrimiento innecesario o el fallecimiento del enfermo motivado por la ignorancia, negligencia, impericia o no cumplimiento de las normas establecidas.

La justicia inglesa, desde el año 1687, reconoció la mala praxis como un agravio a la ley natural, ya sea por curiosidad en el acto de experimentar o negligencia, lo que rompe con la confianza que la comunidad posee en el profesional médico.

En la actualidad, los juristas precisan una práctica médica como correcta si está médicamente demostrada; por tanto, debe cumplir con el requisito de la *lex artis* y que se haya informado al paciente según la legislación vigente. Sin embargo, ante una reclamación por responsabilidad profesional no debe evaluarse únicamente el resultado, sino cada uno de los pasos que constituye la práctica médica.

Los elementos que se deben tomar en cuenta para valorar cada parte del proceso asistencial deben ser expuestos. Siguiendo a Rodríguez,³⁶³ elementos conocidos como normopraxis:

- a) Estudio clínico: atención y diagnóstico temprano.
- b) Diagnóstico: habilidad.
- c) Elección de alternativas terapéuticas: preponderancia del beneficio, en lugar del riesgo.
- d) Información: atención.
- e) Procedimiento terapéutico: pericia y prudencia.
- f) Seguimiento evolutivo: diligencia y prudencia.
- g) Cumplimiento de normas médico-legales: atención.

Resulta importante definir los conceptos de negligencia, imprudencia e impericia. La palabra negligencia es proveniente del latín *negligé*, que significa descuido, y también del término latino *nec-lego*, que significa “dejar pasar”.³⁶⁴ Es por esto que, actualmente, en la medicina se entiende como el abandono de las pautas procedimentales, esterilización y seguimiento del paciente establecidas en las normas de salud. Algunos de los ejemplos más comunes de negligencia médica, se exponen a continuación:

³⁶² Gerardo Lascariz Jiménez, “Mala praxis. Responsabilidad del profesional en medicina”, *Revista Medicina Legal* 17, n.º 1 (2000).

³⁶³ Rodríguez Álvarez P. *Nociones de derecho procesal: Responsabilidad por las actuaciones sanitarias* (Alcalá: Formación Alcalá, 2003), 17-29.

³⁶⁴ RAE, *Diccionario de la lengua española*, 152.

- a) Olvidar realizar el control del paciente luego de la operación.
- b) Omitir información al paciente sobre su padecimiento y los resultados del diagnóstico.
- c) Negar la atención a un paciente en emergencia.
- d) No realizar una biopsia diagnóstica en caso de sospecha de cáncer.
- e) No indicar al paciente los efectos adversos de un tratamiento.

Por otro lado, se encuentra el concepto de imprudencia, el prefijo in equivalente a sin, es decir, que significa “sin prudencia”. Todo esto se relaciona con la falta de sentido común, cautela o juicio ante determinada situación. También existen casos donde se refiere a realizar acciones no comunes o por encima de lo debido. Ejemplos de esta práctica son:

- a) La transmisión de enfermedades contagiosas, por ejemplo, el VIH.
- b) Realizar una transfusión de sangre sin conocer el grupo sanguíneo del paciente.
- c) Olvidar instrumentos médicos dentro del cuerpo del paciente.

La imprudencia es uno de los factores que debe graduarse. Se puede definir que esta es grave cuando la actuación médica no tuvo en consideración fundamentos de la praxis asistencial. En cambio, la imprudencia se considera como leve cuando la actuación, siendo inadecuada, pudo y debió ser mejor.

Por último, la palabra impericia tiene un significado de falta de habilidad.³⁶⁵ Es característica de escasos conocimientos relacionados, en este caso, con la profesión médica. Existen diversas relaciones que se pueden establecer entre el término y el área médica. Los ejemplos se citan a continuación:³⁶⁶

- a) Impericia y terapias peligrosas: especifica que, en toda terapia experimental, ya sea novedosa o no, se requieren una serie de conocimientos adquiridos para realizarlo con éxito.
- b) Impericia y cirugía: en los casos de intervenciones quirúrgicas, la impericia puede ocasionar la muerte del paciente o secuelas posoperatorias, siendo esta responsabilidad médica.
- c) Impericia y anestesiología: la falta de habilidad en esta área puede ocasionar diversas complicaciones, como la parálisis o la muerte del paciente. El problema más común en la anestesia se relaciona con la raquídea.

³⁶⁵ *Ibíd.*, 43.

³⁶⁶ Moisés Malaver Ponce, *Responsabilidad médica* (Lima: USMP, 2011), 21.

Según Corbella,³⁶⁷ los tipos de mala praxis se dividen en los siguientes grupos:

- a) Primer grupo: este está constituido por falta o insuficiencia de asistencia. Un ejemplo de este es el caso de un paciente ingresado en un hospital donde la sala en la que se encuentra no es la adecuada y su estado de salud ha decaído por inasistencia luego del ingreso.
- b) Segundo grupo: este se denomina “mala praxis aparente” y aquí se encuentran casos con una mala evolución, a pesar de que la praxis médica ha sido la correspondiente.
- c) Tercer grupo: es el llamado “mala praxis real”. En este caso, el resultado negativo o la desmejora del paciente sí se debe a la actuación profesional errónea. Generalmente, un error grave de diagnóstico, tratamiento o seguimiento es el factor que provoca un mal resultado.
- d) Cuarto grupo: a este se le conoce como “doctrina del riesgo conocido”. Se refiere a casos donde ocurren complicaciones esperables. Pueden ser pacientes graves que se enfrentan a una intervención quirúrgica difícil. Esta práctica, aunque ha sido bien realizada, ha conllevado un mal resultado terapéutico.
- e) Resulta necesario destacar que, de todos los grupos expuestos, el que implica responsabilidad es el tercero y, en pocas ocasiones, el primero, siempre que se indique un resultado negativo directamente relacionado con una incorrecta asistencia médica. Existen otro tipo de clasificaciones en cuanto a la mala praxis. Para Iraola y Gutiérrez³⁶⁸ se pueden señalar tres tipos:
 - a) Deliberada mala práctica: el médico sabe que la acción realizada, ocasionará un daño al paciente.
 - b) Mala práctica por negligencia: en estos casos no existe un pensamiento criminal por parte del médico, sino que hay negligencia por su parte.
 - c) Mala práctica por ignorancia: se debe al desconocimiento de su labor, es decir, que el médico no tiene la preparación necesaria para resolver el caso.

³⁶⁷ Jacinto Corbella, *Evolución del concepto de responsabilidad médica* (Barcelona: Organización Médica Colegial, 1991), 13.

³⁶⁸ Lidia Nora Iraola y Hernán Gutiérrez Zaldívar, *Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis. La presencia en el tema de la asociación médica argentina y sociedades médicas afines* (Buenos Aires: Comité Peritos AMA, 2014), 5.

15. La *lex artis*

Damos por sentado que la *lex artis* es el nivel de diligencia cualificado, característica privativa con la cual el profesional médico está obligado a actuar.

La *lex artis* médica como patrón de normalidad del proceder del profesional sanitario en la responsabilidad, constituye pues el criterio para determinar la infracción penal del cuidado objetivamente debido y es un elemento necesario para apreciar la responsabilidad extracontractual.³⁶⁹ Además, recoge las reglas y pautas para el ejercicio de la medicina. Son normas de carácter médico y técnico de obligatorio cumplimiento y que reflejan la conducta del médico. Son reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.³⁷⁰

El proceder del médico, corresponde a la naturaleza de responsabilidad subjetiva, de modo que no se puede hacer responsable al médico por el resultado no querido ni esperado. Para poder imputar de algún tipo de responsabilidades es preciso analizar si el profesional médico ha adecuado su actuación a los parámetros de diligencia exigible.

Antes de nada, tiene que quedar claro y escrito en piedra que la actuación médica exige un nivel de diligencia superior al estándar común del ciudadano o ciudadana medio —en palabras del Código Civil, el buen padre de familia— con relación a la formación y preparación profesional del médico.

La llamada *lex artis ad hoc* implica un criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en cada acto o tratamiento médico. Se comporta no solo sobre el cumplimiento formal o protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino también la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias. La *lex artis* entendida de esta forma supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad

³⁶⁹ M. Isabel Trespaderne Beracierto, *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria* (Álava: Comares, 2014), 186.

³⁷⁰ Carlos Mario Molina Arrubla, *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica* (Medellín: Dike, 1998), 121.

cuando con mayor agilidad puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena.

Implica, por tanto, un doble orden de cosas. En primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles.

En segundo lugar, que no pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se realizan.

Son notas que caracterizan a la *lex artis* las siguientes:

Naturaleza: como *lex* implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos baremos que valoran la citada conducta;

Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de la conducta del médico o su conformidad con la técnica normal requerida, es decir, qué esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos;

Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte profesional de su autor o profesionalidad, el actor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina; objeto sobre el que recae: tipo de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, dificultad de ejecución; concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha *lex artis*; así como toda profesión rige una *lex artis*, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medicina esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada caso, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos.

Desde el ámbito de la responsabilidad legal médica, la *lex artis* se traduce como *ley propia del arte que se ejecuta* y que esta no es más que las órdenes o pasos a seguir

que deben observarse al realizar una técnica, ya que de esto se esperan resultados favorables.³⁷¹

En este orden, Gómez Rivero³⁷² incluye las intervenciones propias de la *lex artis* que el profesional debe llevar a cabo:

- Preocuparse por la actualización de su conocimiento y/o de las nuevas formas de tratamiento y curación que la ciencia ponga a disposición de los profesionales médicos.
- Observar la evolución del enfermo.
- Prever los efectos secundarios o contraindicaciones de los fármacos que se prescriben por si estos pudieran, eventualmente, mermar la salud o privar de la vida al paciente.
- Estudiar las condiciones orgánicas del paciente, comunicarle con prudencia su diagnóstico en caso de enfermedades graves.
- Remitir al enfermo a otros especialistas cuando el tratamiento de la enfermedad así lo aconseje.
- Comunicar las instrucciones de cuidado y tratamiento a sus colaboradores o al personal de asistencia sanitaria.
- Ponderar de forma exhaustiva los pros y los contras de la terapia que va a aconsejar al paciente etc.

El cumplimiento de la *lex artis* constituye la aplicación correcta y apropiada de la técnica médica bajo el respeto de los principios médicos fundamentales en virtud de las normas deontológicas. En materia de derecho, la *lex artis* se reconoce como los medios reconocidos por las instituciones reguladoras de la salud.

Cabe señalar que por la única razón que un médico debe desobedecer la *lex artis* es cuando esta no incluye métodos eficientes ante una determinada enfermedad. Es decir, que si surge un nuevo tratamiento que ofrece mayores posibilidades de recuperación para el paciente, este debe ser consultado previamente y autorizar la aplicación, pero debe ser aplicado solo si no hay otra solución que ofrezca un pronóstico positivo.

Corresponde señalar que la infracción de la *lex artis* deberá acreditarse mediante las pruebas periciales pertinentes. La misma es de obligado sustento y valoración para

³⁷¹ *Ibíd.*, 203.

³⁷² Manuel Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2003), 342.

declarar la eventual responsabilidad según corresponda. No tener en cuenta dichas normas significa acoger una responsabilidad basada solamente en la producción de un resultado, ajena a cualquier valoración sobre la culpa.

Toda aquella actuación negligente que resulte contraria a la *lex artis* en el campo médico permite imputar el resultado del daño, implica una actuación negligente por parte de los facultativos, no por el resultado, sino por una mala praxis médica; atendiendo a que los galenos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la actividad.

15.1. *Lex artis ad hoc*

La medicina, como el resto de las ciencias, no es exacta, por lo que no siempre se consiguen resultados favorables. Debido a la variabilidad y complejidad de las situaciones clínicas, no todas las condiciones van a depender del médico; muchas veces pueden tener que ver con el paciente, los recursos de la institución de salud o de la infraestructura.

Precisamente por todo lo expuesto con anterioridad, no se puede aplicar la misma normativa a todos los casos, pues cada uno es diferente del otro.

Por la complejidad que tiene un examen clínico es que surge el concepto de *lex artis ad hoc*, que se establece dependiendo del caso. El médico, a través de un proceso de reflexión, emplea las medidas necesarias según la situación clínica concreta y las condiciones más importantes.

La *lex artis ad hoc* se reconoce en el derecho como la sabiduría acumulada por los años y la experiencia, por lo que ya es aceptada por unanimidad en la comunidad médica en el mundo.

Esta se usa para comprobar los resultados profesionales obtenidos, pues establece cada uno de los pasos a seguir según el caso. Incluye el nivel de complejidad y las características personales que debe tener el médico. Solo de esta forma se legitima su actuación médica.

El Tribunal Supremo Español³⁷³ define este concepto como el derecho a valorar o corregir el acto médico realizado por un profesional de la medicina. Este tiene en cuenta la profesión, la complejidad y las características del paciente. Finalmente, la *lex*

³⁷³ Tribunal Supremo Español, *Aclaraciones sobre el Acto Médico* (Madrid: TSE, 1991), 2.

artis ad hoc son aquellas reglas que se aplican a una situación dada en específico según la complejidad del acto médico a desarrollar; estas se sustentan en acciones realizadas por otros galenos o el propio médico en situaciones similares o iguales.

15.1.1. Responsabilidad y mala praxis

Previo a analizar las formas de responsabilidad, conviene definir dos conceptos: *iatrogenia* y *mal praxis*.³⁷⁴ Generalmente suelen confundirse, pero no son coincidentes totalmente: *iatrogenia* es la acción adversa o perjudicial que resulta directa o indirectamente de la actividad tanto terapéutica como diagnóstica del equipo de salud. Esta definición determina desde las reacciones secundarias que producen las sustancias o equipos empleados en una intervención o un tratamiento médico, hasta los errores de acción u omisión.³⁷⁵

Por otra parte, puede entenderse por *malpraxis*, *mal practice* o *mala práctica*, la actuación imprudente o negligente del médico, que ocasiona un daño a la salud del paciente y que incluye los errores médicos. Alfredo Etcheverry³⁷⁶ indica que: “La obligación de indemnizar, propia de la responsabilidad civil en estas circunstancias, es lo que persigue mediante los juicios que se acostumbra a denominar en los Estados Unidos juicios de *mal practice*, que en castellano pueden denominarse *malogrado*”.³⁷⁷

La mala práctica profesional, Sigüenza,³⁷⁸ define como el acto de omitir recursos que pueden ser de dos tipos: tiempo y forma. En este punto, se produce el daño, por lo que el médico debe asumir su responsabilidad ante el acto. Por tanto, la mala práctica no es más que una acción impropia o perjudicial ejercida por un médico. Las razones por las cuales se puede incurrir en una mala praxis son: el incumplimiento de la norma, de la *lex artis* o de la actuación adecuada.

15.1.2. Minuta: la historia clínica

Por la importancia que posee la historia clínica en el campo médico es necesario detenerse en su estudio.

³⁷⁴ *Ibíd.*, 21.

³⁷⁵ Luis Vélez, *Ética Médica. Interrogantes acerca de la Medicina, la vida y la muerte*, (Medellín: Servigráficas, 1989), 105.

³⁷⁶ *Ibíd.*, 206, 21.

³⁷⁷ Alfredo Echeverry, “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 13 (1986): 271.

³⁷⁸ Aida Melania Sigüenza Bonete, *La responsabilidad profesional de los médicos en el Ecuador* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2015), 61.

La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en su elaboración y son: profesionalidad, ejecución típica, objetivo y licitud. La profesionalidad se refiere a que solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico, pues en esencia son los médicos quienes están en capacidad de elaborar una buena historia clínica.³⁷⁹

En la historia clínica se consignan toda la información clínica del paciente y solo puede ser conocida por este y por aquellas personas que el paciente consienta. Sin embargo, esta es de conocimiento para todo el cuerpo médico o la institución que asegura la salud del paciente, sin que se considere esto una violación. El bienestar del paciente es el objetivo máximo de la institución y por ello es necesaria la revelación del secreto profesional. La historia clínica debe estar escrita de forma clara y precisa y en ella se debe plasmar todo lo relacionado con la patología, los tratamientos y su evolución.

La historia clínica está recogida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Ley Orgánica de Salud dispone que todas las personas deben contar con una historia clínica, sin ningún tipo de discriminación o exclusión, y que esta debe ser clara, precisa y confidencial.³⁸⁰

Por otra parte, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud regula que la historia clínica posee un carácter técnico y legal. Se compone de un conjunto de formularios básicos y de especialidad, utilizados por el personal de la salud para registrar sistemáticamente todos los datos recogidos en la vida del usuario. El Reglamento de la mencionada Ley regula la obligatoriedad de uso de la historia clínica, única en todas las instituciones de salud que forman parte del sistema.³⁸¹

Por otro lado, el Reglamento de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud recoge tres tipos de historia clínica: única, activa e inactiva.

La primera se refiere al documento médico-legal que expone detallada y ordenadamente los datos relativos a un paciente.

La segunda tiene un período de vigencia de 5 años luego de la última atención médica.

La tercera son las que tienen un período de inactividad de más de 5 años. Igualmente, prevé que la historia clínica solo podrá ser manejada por el personal del

³⁷⁹ Fernando Guzmán, Carlos Alberto Arias, *La historia clínica: elemento fundamental del acto médico* (Bogotá: Médica Distribuna, 2012), 19.

³⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006, art 7, lit. 7.

³⁸¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*, Decreto Ejecutivo 3611, Registro Oficial, 9 de enero de 2003, arts. 73-78.

sistema sanitario, dígase: médicos, enfermeras, psicólogos, odontólogos, obstétricos, trabajadoras sociales y el resto del personal auxiliar vinculado al caso, así como el personal de estadística. Asimismo, el acceso a aquellos documentos cuyo archivo es electrónico se limitará a las personas autorizadas por el responsable del servicio o del establecimiento a través de claves de acceso personales.³⁸²

En ese sentido, la responsabilidad de la custodia física de la historia clínica recae sobre la institución que la tenga en archivo. También el personal de la cadena sanitaria durante la prestación del servicio es el responsable de la custodia y del buen uso que se dé a la misma. Por la importancia de dicho documento, el área de su archivo es restringida y el acceso se limita al personal de salud debidamente autorizado.

Cabe agregar que, según la normativa, la información y los datos que obren en la historia clínica, al igual que el resultado de los exámenes de laboratorio e imagenología, son de empleo restringido y se mantendrán bajo condiciones de seguridad y confidencialidad impidiendo que terceras personas tengan acceso a ellos. La historia clínica constituye una prueba documental dentro de cualquier proceso legal; por tanto, debe cumplir con los requisitos para gozar de validez y eficacia jurídica.

15.1.3. El daño en la responsabilidad médica

El daño en el terreno de la responsabilidad puede verse en las diferentes materias del derecho. Desde el ámbito de la responsabilidad médica, el daño se refiere al detrimento del paciente desde el punto de vista fisiológico, psíquico o patológico. En algunos casos se relaciona con la muerte del paciente debido a una conducta negligente o dolosa del profesional médico.

El objetivo de la medicina es la protección de los seres humanos, mantener la integridad física y mental. Por tanto, al existir daño o afectación se debe reparar el menoscabo que sufre el paciente. Esto puede ser un nuevo tratamiento que corrija el error o una indemnización monetaria para resarcir los perjuicios ocasionados al paciente. También se deben sufragar los daños materiales y morales en el paciente.

En el daño médico, a pesar de ser una actividad de medios, en el país no está penalizado el aborto, riesgo abocado voluntariamente por la paciente, quien, conforme a las figuras de exoneración del perjuicio, renuncia a las consecuencias de este

³⁸² Ministerio de Salud, *Reglamento de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud* (Quito: Ministerio de Salud, 2015), arts. 14-19.

procedimiento, en la gran mayoría de los eventos, tiene consecuencias o secuelas secundarias en la integridad de las mismas.

Cuando el médico infringe la normativa penal genera un resultado relevante, lo cual lleva a derivar responsabilidad y a la graduación de la pena por parte del Juez, quien, una vez analizados los elementos de la norma penal, dicta sentencia sobre cada caso en concreto. A su vez, esta infracción penal trae consecuencias de índole civil para el paciente y sus causahabientes, por lo que se genera una responsabilidad civil contractual o extracontractual según el caso.

El acto médico puede generar consecuencias derivadas del acto jurídico, como la responsabilidad civil. A su vez, del hecho jurídico pueden surgir consecuencias, como la obligación de reparar el daño causado, buscando volver las cosas al estado anterior; esta reparación se hace por medio de la indemnización, que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Dicho acto de tipo ilegal cuenta con derechos y responsabilidades para las personas intervinientes. Aunque su fuente no sea el acuerdo de voluntades, genera para el médico la obligación de reparar el daño y, en caso de responsabilidad penal, tiene la obligación de purgar la pena.

La experiencia, diligencia y pericia de un médico incurso en un proceso penal por ocasionar un daño en el ejercicio de su actividad médica a un bien jurídico tutelado por la ley penal deberá ser juzgada conforme a la *lex artis* vigente al momento en que ocurrió el daño. Pero pueden existir casos en que la práctica común sea contraria a la *lex artis ad hoc*, donde el profesional deberá ceñirse a esta última con el fin de exonerarse de responsabilidad.

En el caso de la coincidencia entre lo aconsejado por la ciencia médica y la práctica común, cuando el profesional se escuda de la responsabilidad diciendo: *Lo que yo hice es lo que hacen todos*, sucede que lo que hacen todos está mal hecho, en caso de que la práctica común no coincida con la práctica aceptable de la *lex artis*.

El hecho de que un obrar negligente sea práctica común no conviene dicho obrar negligente. Es el caso, por ejemplo, de los anestelistas: si el anestelista no tiene cita previa con el paciente y se excusa en que los demás anestelistas hacen lo mismo, todos incurren en negligencia. Por consiguiente, se concluye que si el médico desatiende la *lex artis* puede estar incurso en responsabilidad penal si con su acción u omisión causa

un resultado dañoso para la vida, la integridad o la salud de su paciente, ya que no podrá alegar como causal de justificación el legítimo ejercicio de una actividad ilícita.³⁸³

En adelante la investigación dedicará el siguiente capítulo a la responsabilidad médica desde las diferentes vertientes del derecho sanitario.

15.1.4. Las víctimas del daño médico. Ruptura del paradigma: visibilización de la víctima

Luego de visto de forma general el daño y la responsabilidad, es necesario analizar las víctimas del daño médico de manera general.

Las normas jurídicas actuales definen los conceptos de daño en el alcance de la magnitud del agravio que posterior a una larga acción se reconoce el daño y lo que se logra visibilizar es a la víctima o al paciente frustrado quien debe vivir con las secuelas del perjuicio que afectan su calidad de vida y, por demás, enfrentar un proceso legal que acarrea afectaciones psicológicas y morales en ese sentido en atención a los principios fundamentales de los derechos humanos establecidos en los instrumentos que así lo definen y que resaltan la dignidad del ser humano.

Por otro lado, aparece el supuesto en que la víctima está ausente por su fallecimiento y por tal motivo existen herederos que sufren por los efectos que su ausencia provoca y que están afectados emocionalmente por dicha falta, lo que incide en su calidad de vida, porque en algunos casos ha muerto la persona que sustenta el hogar y se ve afectado su proyecto de vida y en algunos casos porque el efecto del daño ha generado limitación o incapacidad total, imposibilitando a la persona de tener una vida normal.

La figura del *daño fisiológico*, que hoy en día se designa como *daño a la vida de relación*,³⁸⁴ se basa en la pérdida de oportunidad para gozar de la vida, en estar privado de vivir en iguales condiciones que las restantes personas; implica la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen placentera la vida. Se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior y que, por tanto, sería siempre un daño moral.

³⁸³ Roberto Vásquez Ferreira, “La culpa médica y su prueba”, en Seminario “Reflexiones sobre la responsabilidad en los servicios de la salud”. Conferencia (Medellín: Colegio Médico, 1993), 205.

³⁸⁴ María Cristina Isaza Posse, *De la cuantificación del daño, Manual teórico-práctico* (Bogotá: Temis, 2009), 50.

Este daño extrapatrimonial provocado por causas médicas posee entidad propia, o sea, una razón objetiva y limitada, por lo que no se debe confundir con el daño moral (*pretium doloris*) o precio del dolor; está dentro del daño extrapatrimonial; surge la interrogante: ¿es posible poner un valor al dolor? ¿Es posible colocarle un valor a la vida, a un miembro o parte de un miembro afectado? Las respuestas pueden resultar subjetivas, pero en el hecho que se pruebe el daño y quede acreditado desde el punto de vista técnico y científico, corresponde legalmente recompensarse el agravio teniendo en cuenta la posición de la víctima en el contexto familiar, social, laboral y psicológico, dando lugar a la aparición del llamado lucro cesante, que será estudiado más adelante.

Las víctimas sufren afectaciones psicológicas creándoles desequilibrios emocionales y, en especial, cuando padecen daños a su integridad física a través de intervenciones médicas, cuyos resultados, dieron lugar a una lesión corporal reversible o irreversible.

Los efectos de ello pueden llegar a padecerlos el resto de su vida, lo que puede dar lugar a patologías o trastornos comportamentales como irritabilidad, insomnio, baja autoestima o estrés. En estos casos, aunque dentro del proceso legal la sentencia sea favorable y disponga la compensación del daño además del reconocimiento público, ello puede contribuir psicológicamente en la víctima.

La visibilización de este tipo de perjuicios expuestos como “*perjuicio fisiológico o a la vida de relación*”,³⁸⁵ se expresa en la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales que, a pesar de no representar beneficios patrimoniales, son parte de la existencia y la vida misma. En el derecho francés se le conoce como “perjuicio de placer” (*prejudice d'agrément*), *loss of amenity of the life* (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón o daño a la vida en Derecho italiano.³⁸⁶ Sobre todo, la legislación francesa ha considerado este concepto según el cual la víctima debe ser indemnizada de *diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras*.³⁸⁷

³⁸⁵ *Ibíd.*, 51.

³⁸⁶ Algunos autores sugieren llamar a este perjuicio *préjudice de désagrément*, perjuicio por desagrado. Cfr. Yvez Chartier, citado en Javier Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, t. II, *De los perjuicios y su indemnización* (Bogotá: Temis, 1986), 147.

³⁸⁷ Max Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel* (París: Librairie de la Cour de Cassation, 1989), 66.

Las víctimas de daños médicos en el contexto nacional se visualizan, no por la acción y aplicación oportuna de la ley, sino por los procesos mediáticos en los cuales se han visto involucrados fundamentalmente por la llamada negligencia médica y, en especial, aquellos casos cuyo desenlace ha sido fatal para el enfermo y, en consecuencia, sus familiares se encargan de denunciarlo. Los medios han incidido en el imaginario colectivo un discurso que provoca la obligatoriedad de que el Estado responda mediante acciones como clausura de locales donde se realizaron los actos médicos o suspensiones a galenos; sin embargo, aún está muy distante la reparación del daño hacia la familia y el reconocimiento público del error.

16. Justificación jurisdiccional del desagravio

La justicia tiene para las víctimas una importante relevancia, en especial para las que han sido afectadas en sus derechos fundamentales y humanos. La inexistencia de justicia es la premisa principal por la que las víctimas acceden al sistema a buscar una respuesta por parte del Estado a través de la investigación y juzgamiento de los responsables.

En muchos casos, una resolución judicial o acuerdo no logra eliminar las dificultades que durante años se acumulan para dar lugar a la impunidad en el caso; por otro lado, se debería poseer la fuerza para modificar la tendencia del proceso para lograr acciones más congruentes y eficaces en la investigación. Tanto la investigación como la justicia suelen aparecer dificultades de funcionamiento de los mecanismos establecidos en el país. Pero, en algunas ocasiones, la sentencia constituye un instrumento para dar lugar a cambios en una situación de impunidad.

La impunidad en el orden médico es parte de la historia previa de los casos cuando llegan al sistema interamericano, por ejemplo, ya sea por la ausencia total de respuesta desde que se denunciaron los hechos, o por avances muy escasos en contraste con las pruebas o la magnitud de las violaciones.

Cuando se han conseguido algunos avances previos frente a los autores directos, aunque solo fuera una investigación parcial, lo que los familiares buscan con sus demandas es el reconocimiento e investigación de la responsabilidad y, por consiguiente, la determinación de los responsables.

Corresponde mencionar que, con respecto a las respuestas del sistema, para esta clase de víctimas se manifiesta incertidumbre en todo el proceso y, en muchos casos, está presente la indiferencia y la injusticia. Además, la incomunicación se manifiesta

en la obstaculización del acceso a la información médica por parte de los abogados que le impiden llegar a la verdad, así como la incomunicación con los juzgadores, la fiscalía y los médicos forenses; en este caso, tanto las víctimas como sus abogados son tratados ajenos al caso y como una causa de molestias y muchas veces resulta incongruente la resolución civil y penal.

La justicia cumple varias funciones, algunas para la sociedad y otras para las personas afectadas en el caso:

- a) Supone una satisfacción moral para las víctimas, que ven así reconocido el valor de sus familiares como personas cuyos derechos fueron vulnerados.
- b) Restablece las relaciones sociales basadas en el respeto a los derechos humanos.
- c) Contribuye a evitar la repetición de los hechos en la medida en que significa una sanción práctica y moral a los autores.
- d) Ayuda a eliminar el poder de los perpetradores cuando mantienen su capacidad de coacción sobre las víctimas o la sociedad.³⁸⁸

Estas funciones sociales e interpersonales de la justicia se ven, sin embargo, limitadas por el contexto de impunidad que predomina en la mayor parte de los países de América Latina; conllevan a que muchas víctimas recurran al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo tal el caso de Ecuador y, entre ellos, se destacan el “Caso González Lluy y otros vs. Ecuador”.

En general, lo que siempre se ha inculcado son las medidas de justicia, las medidas de investigación. Cuando no se argumenta algún impedimento de tipo procesal interno, como pudiera ser la prescripción de la causa o la imposibilidad de detener alguno de los acusados, se demora prácticamente hasta la inutilidad la recolección de pruebas o la entrevista de testigos. Es muy notorio que no hay voluntad por cumplir con las medidas de investigación.³⁸⁹

El país necesita un cambio de mentalidad y mecanismos idóneos en el contexto nacional para enfrentar dichos casos, entre ellos, los que vulneran el derecho a la vida y la integridad como derechos humanos y no justificar la falta de respuesta y voluntad política para resolver muchos de ellos.

³⁸⁸ Raúl Calvo Soler. *Donde la justicia no llega: cuando el proceso judicial no acompaña*, (Madrid: Gedisa, 2018), 58.

³⁸⁹ Juan Pablo Albán, *Conferencia Derechos Humanos* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016), 3.

La Procuraduría siempre responde lo mismo: En el sistema jurídico ecuatoriano, la causa está prescrita. De acuerdo al derecho internacional de Derechos Humanos, tú no puedes esgrimir una norma interna para incumplir, ahí hay una falta de formación. Una Procuraduría con un departamento bien formado y estructurado en Derechos Humanos sabría que ese argumento no es válido. Por tanto, tendría que hacer esfuerzos para romper la prescripción en términos de aplicación hacia adentro. Entonces, falta voluntad política, de conocimiento, de recursos y de coordinación.³⁹⁰

Cabe decir que la mayoría de las veces es necesario que se combine la preparación y voluntad de los jueces, así como otros actores del Estado para dar respuesta oportuna y en contexto nacional a casos como el mencionado “Caso González Lluy y otros vs. Ecuador”³⁹¹ con el objetivo de ir modificando los rezagos del pasado.

Por otra parte se presenta en el contexto nacional la dificultad respecto de las ambigüedades que presentan las normas, tal como se estudiará en adelante y, por tanto, es elemental que, para garantizar acciones judiciales idóneas y que respondan realmente al caso y a sus consecuencias, se delimiten jurídicamente pautas relacionadas con la responsabilidad médica y se empleen pruebas periciales efectivas a los efectos de dotar a los juzgadores de los elementos técnicos y científicos necesarios para poder conocer y resolver asuntos de esta naturaleza.

Todo ello conllevará a un tratamiento legal justo tanto hacia los galenos como hacia las víctimas.

16.1. Pacientes víctimas del daño médico y el derecho a la tutela judicial efectiva

Está claro que el poder es una condición necesaria de todo sistema jurídico. La relación entre el derecho y poder es instrumental: el derecho es uno de los instrumentos mediante el cual el poder se ejercita, por lo que el derecho no se identifica con el poder; el derecho permite ejercitar el poder al señalar a sus destinatarios, cuáles son las conductas ilícitas y, en su caso, las consecuencias que acarrea su comisión.

En la mayoría de sistemas jurídicos contemporáneos, el poder es delegado a jueces y magistrados y, así, aquél es ejercido mediante un amparo complejo de órganos. Para que el poder delegado funcione se requiere señalar a los órganos el modo en que han de interpretar las conductas a la luz de las normas y la acción que deben ejercer en cada caso.

³⁹⁰ Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías* (Quito: UASB-E / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 21.

³⁹¹ Corte IDH, Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia 1 de septiembre de 2015. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Todo esto es información y también, en términos amplios, el objeto de las descripciones de dogmáticos, teóricos y practicantes del derecho. La manera, calidad o cantidad de información que llegue a sus destinatarios incide considerablemente en la forma y estructura del gobierno, en las ideas de los operadores jurídicos, en las relaciones sociales y también, inexorablemente, en el modo de delimitar el objeto de estudio del derecho.³⁹²

Cuando los portadores de derechos en las relaciones jurídicas se encuentran en una situación asimétrica-genética y dinámica se considera que, además de los principios generales del derecho y la construcción de una disciplina en particular, debe asumirse un plus que se genera en un principio de protección especial y ello se hace a través de herramientas que, en la sistemática del derecho, son universales: la declaración de orden público de la ley y el principio de interpretación pro dañado.

El sistema jurídico-derecho, a través de las diversas formas, no solo crea normas, sino que también introduce valores, algunos de ellos constantes y otros mutantes, propios de los procesos sociales que generan crisis, ingobernabilidad en determinadas oportunidades, que se materializan en daños y que las personas buscan constantemente la reparación de los mismos.³⁹³

La tutela judicial efectiva plantea uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición, sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal, bien como un derecho de naturaleza compleja que se desarrolla, a su vez, en varias vertientes o porque se le considere como un derecho fundamental y, por consiguiente, propia jerarquía, lo que impone una consideración distinta de la mera óptica de componente del debido proceso.³⁹⁴

Cuando el Estado, a través del poder jurisdiccional, asume para sí y en exclusiva la potestad de resolver los conflictos de relevancia jurídica, de imponer sanciones y ejecutar las resoluciones que de dicho poder provengan, asume al mismo tiempo un deber de carácter prestacional. Por tanto, su organización debe prever mecanismos que sean adecuados y otorguen la tutela que las personas requieren para solucionar sus controversias.³⁹⁵

³⁹² Christian Courtis, *Observar la ley. Ensayo sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2006), 209.

³⁹³ Ghersi y Weingarten, *Tratado de daños reparables*, 17.

³⁹⁴ Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador* (Quito: UASB-E / Ediciones Legales, 2012), 93.

³⁹⁵ Sobre el carácter sustitutivo de la actividad jurisdiccional a la de los individuos que ostentan un interés tutelado en conflicto, Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, (Ciudad de México: Ed. Jurídica

La profesora Vanesa Aguirre, siguiendo a Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, manifiesta que el derecho a la jurisdicción no es más que el derecho a la acción constitucionalizada. Esa importancia, de antigua raigambre, encuentra sin lugar a duda su origen en la autonomía del derecho de acción, la cual hoy se reconoce indiscutiblemente y que ayuda a comprender que hay un derecho a la tutela jurisdiccional abstracta, con independencia de la existencia o ficción del derecho material controvertido.

De esta manera, toda persona, cumpliendo con los requisitos que el ordenamiento jurídico prescribe, puede requerir del Estado la prestación del servicio público-administración de justicia. La intervención estatal —recuérdese— tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como expresión de potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.

En consecuencia, dice la doctora Aguirre, el derecho a la acción tiene un carácter de permanencia —y, por ende, subjetivo y autónomo— en cuanto no se ejerce hasta que su titular requiera proteger judicialmente un derecho que considera le ha sido vulnerado, lo cual, desde luego, no significa que se supedita a la existencia del derecho material.

Por ello también puede manifestar que hay una relación acción-reacción: no se trata solo del derecho de acudir ante los jueces y tribunales para obtener un pronunciamiento o momento estático constitucional del derecho a la tutela judicial, sino de concretizar, dinamizar ese derecho mediante la pretensión procesal.

La concepción abstracta del derecho se complementa, pues, con una pretensión procesal y el deber prestación del Estado se manifiesta en su plenitud cuando el proceso concluye con una resolución que, para ser tal, debe cumplir con ciertas características. Se observa entonces la conjunción entre la acción, la jurisdicción y el proceso, elementos que constituyen, como gráficamente lo señala Vescovi, la trilogía estructural del derecho procesal.³⁹⁶

Universitaria (EJU) / Asociación de Investigaciones Jurídicas, 2001), 33; Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 93.

³⁹⁶ Más allá de la dificultad que ha supuesto una elaboración de una doctrina unitaria sobre el derecho de acción, puede afirmarse que su derivación inmediata es el derecho a la tutela judicial efectiva, como finalidad propia del ejercicio de la función jurisdiccional y derecho con una configuración de características propias. Además, hoy es posible sostener que la constitucionalización del derecho de acción en el derecho a la tutela judicial efectiva, entendido ya como el derecho a la jurisdicción, alivia

El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada —que se dirige a través de una demanda— sin que esta respuesta deba necesariamente ser positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.³⁹⁷

De manera que el derecho a la tutela judicial efectiva se traduce en el proceso judicial que prevé ciertos modos y medios limitados como las reglas de un juego para probar los hechos sobre los cuales se asientan los derechos, en esto también hay una situación de asimetría —asimetría procesal—, pues las víctimas del daño médico no siempre son contundentes, acumulan una serie de indicios, testimonios, algunas pruebas documentales parciales etc., pero más aún la base de la prueba es el brocardo *in re ipsa loquitur* —los hechos hablan por sí solos—, verosimilitud que debe ser tomada por el Juez adoptando una posición más flexible y precisamente hacer jugar las presunciones pro dañado en la interpretación y valoración de las pruebas.

El centro del sistema derecho es, sin duda, la persona humana con sus roles diversos que, mediante sus acciones u omisiones, cumple con múltiples funciones: conductas, comportamientos en diversos ámbitos del espacio y del tiempo, expuesto a las incertidumbres y al riesgo como factores de desestabilización en esas interrelaciones que, al ser complementarias, pero también contradictorias, generan situaciones dañosas.³⁹⁸

En este orden de ideas, el derecho de los pacientes a la tutela judicial efectiva es uno de los puntos de mayor trascendencia práctica.

bastante la carga para quien intente definir un término tan complejo como es este y sus aplicaciones. De esta nota, asignada como se dijo por Gimeno Sendra y Garbery Lobregat, se desprenden a su vez y sin dificultad otros tres que pueden identificarse como principales y que, sin embargo, no agota en el tema. 1.- el derecho de acción tiene un carácter marcadamente público, en cuanto se solicita del Estado y, más concretamente, de los órganos jurisdiccionales, titulares de la potestad, una protección o tutela que ha de manifestarse en una respuesta sustentada en Derecho sobre el fondo de la controversia. 2.- no se identifica, por tanto, con el derecho subjetivo en discusión, el cual puede existir o no, lo cual será decidido por el órgano jurisdiccional, y 3.- su desarrollo se sustenta en un debido proceso, condición indispensable para que esa tutela jurisdiccional sea adecuada. Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 98.

³⁹⁷ *Ibíd.*, 99.

³⁹⁸ Ghersi y Weingarten, *Tratado de daños reparables*, 18.

La enfermedad y los padecimientos en la salud de las personas siempre nos enfrentan con situaciones de gravedad, urgencia, desamparo, cuestiones imprescindibles, que no se llevan adecuadamente en los ámbitos burocráticos de las denominadas instituciones de la salud, sean estas públicas o privadas.³⁹⁹

Se requiere, pues, un cambio de actitud en los jueces con miras a un activismo prudente y razonable que proteja adecuadamente los derechos y garantías constitucionales de las personas, más cuando está en juego en derecho humano fundamental.

La ley puede establecer un sistema legal para accionar a base de condiciones señaladas; ocurre, en cambio, que la gravedad y la urgencia llevan a la necesidad de plantear acciones de protección, como la vía idónea o más idónea para lograr una medida urgente y necesaria.

Serán los jueces del activismo prudente y razonable los que determinen la idoneidad de las medidas a elegir, los que resuelven en forma oportuna y eficaz fundados en el carácter imprescindible de dicha intervención. Pero reiteramos que debe resolverse teniendo en consideración el contexto, la urgencia, la gravedad, la racionalidad médica, preservando el derecho humano fundamental a la salud de cada una de las personas.

³⁹⁹ Jorge Iturraspe y Miguel Piedecabras, *Derechos de los pacientes* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011), 276.

Capítulo segundo

Proceso transformativo-interacción

Vertientes de la responsabilidad profesional del médico

1. Responsabilidad civil del médico

La medicina desempeñó durante toda la Historia un papel fundamental en la existencia y desarrollo del ser humano, proporcionando los medios para aliviar las dolencias físicas y psíquicas que continuamente le aquejan.

Con el ejercicio de su profesión, los médicos desarrollan una función humanitaria y noble que tiene como fin proteger el valor más importante del hombre, su vida e integridad personal.

Lastimosamente, como cualquier actividad humana, se presentan situaciones donde algunas personas dedicadas a esta labor realizan acciones aisladas que han atentado contra el valor supremo encargados a defender, la vida.

Por ello, la sociedad busca un instrumento para prevenir estos eventos, y es allí donde el derecho entra a cumplir un rol esencial en la reparación de los daños que ocasione la indebida práctica médica.⁴⁰⁰

Vásquez Ferreyra⁴⁰¹ afirma que hace años atrás no existían con frecuencia procesos judiciales relacionados con el accionar de los profesionales de la salud; sin embargo, actualmente se tramitan gran cantidad de demandas por concepto de responsabilidad civil contra médicos y unidades de salud, denominándose este fenómeno como la fiebre de la responsabilidad médica. El motivo fundamental es que la medicina está expuesta constantemente a riesgos que pueden generar la correspondiente indemnización por perjuicios.

⁴⁰⁰ Los daños que se producen entre sí los integrantes de la sociedad, varían según la función que cada sujeto ejerce dentro del ámbito comunitario y dependen en gran parte del desempeño prudente de cada individuo y de la potencialidad nociva de las actividades que realiza. Toda persona debe entonces ejecutar su oficio, cargo o actividad sin lesionar los derechos de los sujetos que se interrelacionan con él, y debe en todo caso responder por los daños que eventualmente ocasionen. En el caso concreto de los médicos, se tiene un especial interés y una mayor atención en vista de que estos profesionales realizan su labor sobre el objeto más preciado que es el cuerpo humano y con relación al principal valor cuál es la vida y la integridad personal, bien que es jurídicamente tutelado por el estado en vista del interés que la sociedad misma centra en él; Yépez Restrepo, *La responsabilidad civil médica*, 13.

⁴⁰¹ Roberto Vásquez Ferreyra, *La responsabilidad civil de los médicos*, accedido 24 de marzo de 2019, www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf.

En ese sentido, debe decirse que los médicos dejaron de ser inmunes como se consideraban con anterioridad cuando ante el incumplimiento de las reglas de la profesión se limitaba a la censura a nivel social, tal como se consigna en el juramento hipocrático: si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar plenamente de mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria;⁴⁰² por tanto, aquellos hechos dañosos no traían como consecuencia una sanción legal, sé sufría de un desprestigio social.

Otra de las causas del aumento de litigios contra los médicos son las características que en la modernidad imprime en la relación médico-paciente ante la denominada masificación de la medicina, por el aumento de la demanda de prestación de servicios médicos, sustituyéndose en la mayoría de los casos la atención personalizada a través del médico familiar, por la medicina social, que es representativa de los avances y la ampliación de los servicios de salud a todos los sectores sociales.

Ahora nos encontramos con una nueva realidad, en el tratamiento que ofrecen los galenos al traspasar las fronteras de la individualidad para ser un prestador más de servicios, del cual surgen varios derechos y obligaciones y, en consecuencia, ante cualquier afectación el paciente o usuario puede exigir legalmente su reparación. Se puede afirmar que el paciente es un acreedor de la prestación de los servicios vinculados a la salud.

Por tanto, la responsabilidad civil médica nace de un evento dañoso que se atribuye al médico y dicha conducta es considerada culposa, Así, cuando el galeno se convierte en promotor de un evento dañoso y en sus actos está presente la culpa o negligencia, debe reparar al perjudicado y, de causar el fallecimiento del paciente, a sus familiares.

Nuestro decimonónico Código Civil no regula específicamente lo relativo a la contratación médica, constituyendo ello un vacío jurídico atendiendo a que dicha disciplina posee sus especificidades, por lo que resulta necesario definir las mismas para garantizar la seguridad jurídica necesaria tanto para pacientes como médicos. No obstante, el art. 1454 reconoce como contrato aquel acto por el que una parte se obliga con la otra a hacer o no hacer determinada cosa y, en relación con ello, el art. 1561 dispone que aquel contrato que es celebrado legalmente constituye una ley para las partes.⁴⁰³

⁴⁰² Hipócrates, *Tratados médicos* (Madrid: Anthropos, 2001), 5.

⁴⁰³ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art 1454, 1561.

Cabe agregar que el art. 1562 del Código Civil⁴⁰⁴ prevé que los contratos deben ser ejecutados bajo la buena fe ⁴⁰⁵ y, en consecuencia, obligan no solo a lo que está consignado de forma expresa, sino a aquellos particulares que emanan de la naturaleza de la obligación o que, por la costumbre o la ley, pertenecen a ella; por tanto, la relación médico-paciente es un contrato que se acoge a la mencionada disposición. Con respecto al contrato médico se plantea que:

La doctrina se divide en dos corrientes. La primera proclama que la responsabilidad médica es siempre contractual; la segunda sustenta que existen casos excepcionales en que ella será extracontractual. El sustrato de la primera corriente está en el hecho de que el paciente (o alguien en su nombre), al procurar al profesional de la salud, este está aceptando tratarlo, firmando un negocio jurídico. Ello asienta la idea que el contrato de prestación de servicios médicos no exige formalidades, pudiendo ser verbal o hasta tácito y, para su perfeccionamiento, bastaría el acuerdo de voluntades entre personas capaces, y el objeto en cuestión es lícito [...] Renombrados estudiosos se pronuncian por el entendimiento contractualista del vínculo jurídico que une al profesional médico con su cliente/paciente.⁴⁰⁶

La cita expone que con el mero acuerdo se perfecciona este tipo de contrato. Afirmamos que, a pesar de no estar reconocida la contratación médica expresamente en la legislación ecuatoriana, el contrato que se suscribe en los establecimientos de salud posee un carácter multiforme y entre sus características principales están las siguientes:

- a) Es un contrato basado en la confianza de las partes y, fundamentalmente desde la óptica del paciente que ha seleccionado al médico, es *intuitu personae*.
- b) Por ser un contrato *intuitu personae* el mismo puede ser objeto de rescisión a instancia de cualquiera de las partes.
- c) Es de tracto sucesivo, porque van creándose y modificándose determinados derechos y obligaciones para las partes, tal como ocurre por su contenido médico, ello se pone de manifiesto desde el diagnóstico o el tratamiento del enfermo.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*, art. 1562.

⁴⁰⁵ Buena fe, concepto jurídico indeterminado que aparece en los códigos decimonónicos, corresponde a la indeterminación en el derecho, la que se presenta sea por voluntad del legislador como técnica legislativa o como una acción involuntaria del mismo, aceptada ya por el derecho como situación inevitable y hasta cierto punto necesaria; así no existiría entonces rama que no la contenga o no haya sido afectada por la vaguedad o indeterminación dada por la presencia de lagunas o conceptos jurídicos indeterminados. El término buena fe es inequívocamente un concepto que adolece de vaguedad. Melisa Núñez Pacheco, *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería, controversias y soluciones* (Quito: UASB-E / CEN, 2013).

⁴⁰⁶ Roberto Harger, *La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente*, accedido 6 de febrero de 2019, <http://advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc>.

- d) Es bilateral puesto que genera para las partes obligaciones en situación de reciprocidad desde el momento de su perfección.
- e) Es oneroso.
- f) En él se manifiestan dos obligaciones: el médico debe actuar para satisfacer una determinada prestación de salud y el paciente queda obligado a cancelar los respectivos honorarios por el servicio recibido.
- g) Es de tipo civil.
- h) Es libre e informal.

1.1. Responsabilidad extracontractual y contractual

La responsabilidad extracontractual es la madre de todas las responsabilidades, disciplina que estudia los diversos instrumentos de reparación de los que dispone la persona que haya sufrido daños.

Disciplina que no contiene un único lugar de enorme complejidad. Dentro del Código Civil se encuentra el núcleo normativo originario; no obstante, una de las características de la responsabilidad extracontractual es su transversalidad, idea que expresa que es una materia completa que se halla dispersa en varias normas y que son aplicadas en diferentes órdenes jurisdiccionales: civil, penal, contencioso administrativo y social, con sus respectivas leyes de jurisdicción.⁴⁰⁷

La responsabilidad extracontractual ha alcanzado tal dimensión que incluso hoy se habla de derecho de daños, que es la disciplina que estudia a través de todas las perspectivas existentes los instrumentos de reparación de los daños sufridos por una persona. Su contenido es más amplio de lo que conocemos por responsabilidad extracontractual e implica las diversas jurisdicciones.

Constitutiva de responsabilidad conocida también como delictual o aquiliana y aparece como resultado de un ilícito extracontractual, o sea, surge de un acto ilícito ya sea por parte de una persona capaz o incapaz y en el cual no existe vínculo contractual

⁴⁰⁷ Responsabilidad extracontractual. La segunda relación que como esta estamos es la que hay entre el niño ya difunto y el médico. Dado a que el niño ha fallecido ya no existe un nexo contractual entre las partes. Por lo tanto, la única manera en la que los familiares podrían imputar responsabilidad al médico es por medio de la figura de la responsabilidad extracontractual. Dada la muerte del niño, la madre del mismo está legitimada para demandar la responsabilidad del médico. Ahora bien, en sede de responsabilidad extracontractual, existen también requisitos básicos que deben cumplirse: 1.- la realización de un acto ilegítimo —delito o cuasidelito—; que exista un daño; un nexo causal entre el actor y el daño producido. Corte Nacional de justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Quito 7 de agosto de 2015, en *Juicio Ordinario n.º 17711-2014-0158. María Augusta Aguirre Troya vs. Blum Pinto Bernardo*.

alguno, es decir, la persona no estaba relacionada a través de una relación obligatoria con el daño ocasionado.

El sistema de responsabilidad extracontractual ecuatoriano es de cláusula abierta, a diferencia de otros sistemas jurídicos que se caracterizan por formular una serie de bienes jurídicos protegidos o de daños típicos que se atienden en la justicia civil, como ocurre con los *torts* de los países del *common law*.

Pese a la fórmula abierta, no se indemniza cualquier daño que experimente una persona o sus bienes, sino solo aquel que reúna los requisitos exigidos por la ley. La idea de la que se parte es que en principio quien experimente un daño debe sufrir sus consecuencias, salvo existan buenas razones para trasladarlo a un tercero.

1.2. Funciones de la responsabilidad civil extracontractual

Función compensatoria. El sistema de responsabilidad civil extracontractual persigue ante todo la reparación íntegra de los daños sufridos por la víctima. La reparación se consigue principalmente mediante la forma más técnica, compensación a través de la indemnización de, así la acción dirigida a exigir la responsabilidad extracontractual se conoce como acción de indemnización de daños y perjuicios. Pero también es posible obtener una compensación, si es el caso, mediante la restitución o mediante su reparación, o incluso mediante el pago de una renta.

Función preventiva. Según esta función, la indemnización, además de compensar a la víctima del daño, al mismo tiempo lanza un mensaje a la comunidad para que en el futuro los sujetos muestren un mayor cuidado o se abstengan de realizar conductas que den lugar a daños. No obstante, esta función es más propia, aunque no exclusiva, del derecho penal.

Función punitiva. Sancionar o producir castigo es la experiencia que busca esta función, o por lo menos así parece, pero en la responsabilidad civil se indemniza igual tanto por culpa como por culpa grave o dolo, pues lo que importa es la entidad del daño.

Función demarcadora. Salvador Coderch, Castiñeira y Díez Picazo, entienden esta idea de que la responsabilidad extracontractual trata de delimitar qué puede o no puede hacer una persona, es decir, marca las fronteras e identifica los espacios comprendidos por los derechos de una persona y los de otra, de modo que cualquier actuación ilegítima que sobrepase tales límites generará una indemnización a favor de la persona perjudicada por la actuación ajena.

1.2.1. Elementos básicos de la responsabilidad extracontractual

Constituyen elementos de la responsabilidad extracontractual aquellos presupuestos jurídicos que deben producirse y demostrarse por parte del demandante para que exista obligación de indemnizar a cargo del demandado.

Dichos elementos son: a) La acción, que es una actividad puesta en marcha por un sujeto, —suele llamarse sujeto o agente— o, una omisión, y que da lugar a un resultado dañoso. b) El daño: es el perjuicio que experimenta la víctima en su persona o su patrimonio; puede ser patrimonial (daños en los bienes de la víctima) o no patrimonial (muerte, daños corporales y daño moral). c) La relación de causalidad: que hace referencia a la conexión que debe existir entre la acción y el daño, se denomina causalidad material. Además, será necesaria una causalidad jurídica, más conocida como *imputación objetiva*, que es el resultado de seleccionar entre las posibles causas del daño aquella que tiene relevancia jurídica. Esto último se realiza mediante los denominados criterios de imputación objetiva, por ejemplo, causalidad adecuada, incremento del riesgo, finalidad de la norma concreta de responsabilidad.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ La tesis de la causalidad adecuada. [...] algunos han sostenido que el Juez debería colocarse en posición del autor derecho, tomando en cuenta las circunstancias conocidas o cognoscibles por este. La previsibilidad en tal caso no deja de ser valorada en forma abstracta, pero circunscrita al punto de vista del sujeto y a las condiciones en las que este actúo. Otros, en cambio, miran el hecho siempre objetivamente: el Juez debe efectuar un juicio de previsibilidad en abstracto, tomando en cuenta todas las circunstancias que un hombre normal debería proveer. Finalmente, una corriente ultra objetiva estima necesario que el Juez considere todas las circunstancias eximentes, incluso aquellas que no hubieran podido ser conocidas por el agente. El resultado puede entonces variar de acuerdo con la posición que se adopte, pues al involucrar o prescindir de uno o más hechos, la previsibilidad o la probabilidad pueden llegar a variar drásticamente. De esta forma, el juicio de causalidad dependerá en un alto grado de la capacidad del juzgador de formar un panorama lo más completo posible, quedando en todo caso una porción muy amplia a su arbitrio. Por esta razón se ha dicho que esta última teoría pierde rigor científico cuando percibimos las diferencias abismales que puede haber entre un Juez y otro en relación con el criterio de adecuación, ya que lo que para un Juez puede ser adecuada de un daño, para otro puede no serlo, sin que ninguno de los dos tenga argumentos científicos que justifiquen su punto de vista. Con todo, se ha tratado de una teoría a la que se le ha reconocido una gran utilidad práctica porque, a pesar de las subjetividades, parece brindar una explicación intuitivamente acertada de lo que sucede en el mundo cuando afirmamos que un fenómeno es causa de otro. Pero ¿es la causalidad adecuada una verdadera y genuina teoría sobre lo que conocemos como nexo causal? La alusión a criterios de selección normativa como la probabilidad y las máximas de la experiencia, ha develado que la causa adecuada no hace un examen de causalidad puramente físico o naturalista, sino que, por el contrario, parezca más una herramienta de selección de la causa jurídicamente relevante, a partir de un conjunto dado de causas naturales. Puesto, en otros términos, la causalidad adecuada no responde cuales son las causas físicas o naturales de un determinado evento, sino que brinda unos parámetros conforme a los cuales se puede escoger, dentro de un determinado grupo de causas, cuál es la que resulta jurídicamente más relevante. No en vano, por ejemplo, Ramón Daniel Pizarro señala: más allá de las objeciones, la doctrina de la relación causal adecuada tuvo el mérito de fundar sobre bases razonablemente objetivas, superadoras del empirismo reinante hasta ese momento, un criterio de delimitación de imputación. No es, en verdad, como bien se ha dicho, una genuina teoría causal, en tanto no luce orientada a determinar si un elemento de hecho es la causa de un resultado. Su finalidad es más específica: establecer si determinados hechos deben ser considerados relevantes, desde una perspectiva jurídica, para formular la imputación de sus consecuencias a una determinada persona. La teoría de la causalidad adecuada es, en esencia, una teoría

1.2.2. Correspondencias, alcances y distinciones de la responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad extracontractual es la que nace sin la existencia previa de un vínculo entre el causante del daño y la víctima.

Su entidad se define a partir de sus elementos, esto es, el daño, el nexo de causalidad y la culpa. Se disputa en algunas ocasiones la preeminencia con la responsabilidad contractual, especialmente porque existe libertad para el Juez en cuanto a la manera de establecer sus consecuencias y para la víctima por la alegación del daño con más libertad, sobre todo, del perjuicio moral cuya existencia se discute en el contrato.⁴⁰⁹

La relación entre el médico y el paciente se sustenta en muchas ocasiones en la responsabilidad extracontractual, toda vez que la responsabilidad del médico estaría en su condición de profesional y su obligación de no agravar la vida del paciente, buscar su estabilización, persiguiendo no dañar al objeto de la obligación contractual. En otras palabras, la fuente de la obligación es abstentiva y evitar el cometimiento de un delito o cuasidelito, el que recae como ilícitos civiles.⁴¹⁰

En el caso de la responsabilidad extracontractual, que podría estar referida a un juicio por daño moral, le competirá a quien se considera como damnificado, demostrar la culpabilidad directa del autor del ilícito. No en vano, en el sentido, alcance y fin teleológico del daño moral parte del reconocimiento de un área netamente subjetiva, propia de la naturaleza humana, que se vería menoscabada por conductas que estuvieran orientadas a generar sufrimientos o sentimientos de afectación o de estimación.

No son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo porque el daño no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente su patrimonio sino el valor de la naturaleza inmaterial no equivalente en dinero).⁴¹¹

En este sentido, la jurisprudencia comparada ha delineado con precisión lo que comprende el daño moral. Así se anota el siguiente concepto:

de la imputación objetiva, que permite con unos criterios normativos más o menos ciertos, que un resultado pueda ser atribuido a un comportamiento. (...). Sergio Rojas-Quiñones y Juan Diego Mojica-Restrepo, “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad colombiana”, *Vnivesrsitas*, n.º 129 (2014): 187-235.

⁴⁰⁹ Mario Fernando Parra Guzmán, *Responsabilidad civil* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010), 24.

⁴¹⁰ Enrico Pasquinelli, *Problemi attuali della responsabilità del medico en, Trattati personae danno, a, cura* (Milano: Paolo Cendon Giuffré, 2004), 17.

⁴¹¹ *Ibíd.*, 53, en *Ibíd.*, 263.

El daño moral consiste en la lesión de los derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva y alcanza a las molestias en la seguridad personal, o en el goce de los bienes, o en la lesión de las afectaciones legítimas de las víctimas.⁴¹²

El requisito fundamental para que una demanda por daño moral pueda desembocar en una sentencia que la acepte y ordene al demandado el pago del monto que repare el daño inferido será entonces la existencia de un acto que haya violado derechos, la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del espíritu, la privacidad, la libertad individual, la integración física y las afectaciones legítimas como el honor, el buen nombre, la honra, los afectos, etc.

Por lo señalado es necesario contar con tres requisitos, que deberán en el proceso judicial probarse para determinar la existencia del daño moral y que son:

- a) Un acto ilícito o lesivo;
- b) Lesión de bienes morales y
- c) Determinación del sujeto que ejecutó el acto.

No siempre el que falta al cumplimiento de una obligación es responsable de daños y perjuicios, pues es sabido que generalmente nadie responde por casos fortuitos, ni de fuerza mayor, ni de falta levísima.

La CNJ en la Resolución n.º 07-2013, de junio 12 de 2013, delimitó las pretensiones indemnizatorias, señalando que el deber de reparar, nace luego de verificarse los siguientes tres supuestos:

- a) Debe establecerse obligatoriamente la existencia objetiva del daño, ya sea de tipo material o inmaterial, con sus diferentes tipificaciones;
- b) Debe establecerse de forma precisa y clara el nexo causal del hecho calificado como perjudicial, lo que representa determinar objetivamente que causó el daño y su consecuente resultado y prestación.
- c) Por último, el título de imputación o imputabilidad del daño, o sea, la determinación jurídica de quien debe responder por el daño causado.

El Código Civil⁴¹³ vigente define los siguientes tipos de culpa o descuido, que son:

⁴¹² José Orlando Ramírez, *Indemnización por daños ilícitos e incumplimiento contractual*. (Buenos Aires: Hammurabi, 1984), 179.

⁴¹³ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 29.

- a) Culpa grave, negligencia grave o culpa lata: es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil, equivale al dolo (el dolo consiste en la intención positiva de propinar injuria o daño a la persona o propiedad de otro).
- b) Culpa leve, descuido leve o descuido ligero: es la falta de aquella diligencia y cuidado que los seres humanos emplean ordinariamente en sus negocios propios.
- c) Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.
- d) Culpa o descuido levísimo: es la falta de aquella esmerada diligencia que el ser humano juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia del cuidado.⁴¹⁴

Como se aprecia legalmente, se reconoce la teoría tripartita de la culpa, sin embargo, cuando está en riesgo inminente la vida de un ser humano, cualquier tipo de imprudencia, descuido o negligencia leve alcanza una dimensión especial que produce que la conducta del profesional de la medicina sea de singular gravedad atendiendo a que la disciplina resulta incompatible con dimensiones superficiales, puesto que la culpa del médico del tipo que sea genera responsabilidad. Por tal motivo se debe realizar una apreciación abstracta tomando como referencia cómo se ha actuado en casos similares, pues si bien el galeno no está obligado a asegurar imposibles, debe obrar con el correspondiente cuidado y diligencia aplicando todos sus conocimientos en función del paciente para lograr un resultado idóneo.

En ese sentido, cuando se trata de un especialista en determinada disciplina médica tanto el cuidado como la idoneidad, crece por su condición, puesto que presuntamente está en óptimas condiciones cognoscitivas y cuenta con la experticia necesaria para prever y advertir cualquier complicación para el paciente y, por consiguiente, tomar las mayores precauciones para impedir las dentro de lo que esté científicamente a su alcance.

Respecto a la responsabilidad profesional, que en el campo médico el prestador de salud ante el paciente asume una responsabilidad con características homogéneas de contractual.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, 263-347.

No obstante, Borda⁴¹⁵ afirma que este tipo de responsabilidad profesional no nace de un acuerdo o contrato sino de aquellas reglas que por naturaleza impone el ejercicio de la ciencia médica exista o no un contrato, por lo que el deber de responder en el orden cuasi delictual; expone que en muchas ocasiones existe un consentimiento mutuo en la prestación de salud, pero el paciente posee todo el derecho de retirarse del tratamiento por su voluntad, lo que sustenta el criterio del autor de que no resulta procedente admitir la relación contractual en la cual cada una de las partes puede resolverlo libremente.

El médico, dentro de su ejercicio profesional, puede incurrir en responsabilidad civil por los daños eventuales que ocasione a sus pacientes en sus tratamientos y operaciones quirúrgicas, los cuales generalmente estarán precedidos de la celebración de un contrato de *servicios médicos* y en ocasiones de la intervención unilateral del médico en razón de sus deberes y obligaciones.

La relación médico-paciente se cumple por decisión libre y voluntaria de manera espontánea por las dos partes, por acción unilateral del médico en los casos de un accidente o emergencia, por solicitud de terceras personas o por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad sanitaria, sea esta pública o privada.

La celebración de un contrato, será la manera más corriente que conlleve la prestación de servicios médicos, ya sea con el paciente directamente, o con sus familiares o representantes, si el paciente no puede manifestar su voluntad de forma libre por su condición patológica, sin que se descarte la intervención unilateral del médico en casos de emergencia o la atención del paciente por un colega vinculado a una institución de seguridad social que preste este servicio.

De manera que, por regla general, la relación médico-paciente queda regulada en un contrato en el que consta la responsabilidad emergente de esa índole. Se han identificado determinadas situaciones en las que la responsabilidad del médico posee carácter extracontractual, entre ellas están:

- a) El fallecimiento del paciente como resultado de la atención médica y que sus familiares realicen la reclamación correspondiente;
- b) Aquellos servicios requeridos por un tercero, afín del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria;

⁴¹⁵ Guillermo Borda, *Manual de obligaciones* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 412.

- c) Prestación realizada contra la supuesta voluntad del beneficiado: este supuesto se manifiesta, por ejemplo, en caso de suicidio cuando el fallecido lo atiende el facultativo;
- d) Aquellos servicios que se entregan en casos de emergencia;
- e) Cuando se da atención a una persona incapaz de hecho y resulta imposible comunicarse con su representante legal;
- f) Cuando se celebra un contrato entre médico y paciente, acto que carece de sus elementos esenciales y que, por tanto, es nulo.

Señalamos que clasificar la responsabilidad médica tanto contractual como extracontractual está sujeto a la *teoría de la unidad de la responsabilidad* soportada en que en los dos supuestos la responsabilidad civil constituye una fuente de obligaciones.

En la responsabilidad contractual existe el acuerdo de voluntades por las partes que, en consecuencia, produce los efectos jurídicos pertinentes y el acuerdo puede ser verbal o escrito y en caso de incumplimiento se debe proceder a reparar los daños a través de una indemnización.

Sobre ambos tipos de responsabilidad se asevera que

La responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s; es decir, el daño se produce cuando el “otro”, quien mantiene una relación como acreedor o deudor dentro de una relación jurídica perfeccionada en un contrato, incurre en una acción que en los términos del contrato no debía cometer, o deja de hacer algo que si debía (omisión). Extracontractual es, en cambio, la que surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga, o estándolo, el agente dañoso genera consecuencias negativas no previstas en la relación contractual.⁴¹⁶

En la práctica, deben identificarse cada una de estas formas de responsabilidad civil puesto que el Código Civil vigente posee un criterio dualista, reconociendo a ambos tipos consecuencias distintas tal como se expone en la siguiente tabla:

⁴¹⁶ Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual* (Madrid: Dykinson, 2001), 342.

Tabla 2. Regulación jurídica de la responsabilidad contractual y extracontractual en Ecuador

	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	Cinco años (art. 2415 CC), excepto las reglas especiales (art. 1796 CC la acción por saneamiento por evicción).	Cuatro años contados desde la perpetración del hecho (art. 2235 CC).
CULPA	La culpa admite grados: la culpa lata o grave, la culpa leve y levísima (art. 1563 CC).	No admite distinción; cualquier acto por leve que sea trae consigo responsabilidad, excepto cuando existe imprudencia por parte del afectado (art. 2230 CC).
AUTONOMÍA DE LAS PARTES	Se permite a las partes hacer pactos o convenios.	No es posible llegarse a acuerdos porque legalmente no existe pacto alguno.
POR LA CAPACIDAD DEL OBLIGADO	Para suscribir un contrato se requiere poseer capacidad legal.	No hay garantías de capacidad legal al no existir documentos probatorios ni relación contractual (pueden aparecer acuerdos con menores de edad).
EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN	El deudor solo es responsable de los perjuicios que se previeron o se pudieron prever al tiempo del contrato, excepto que exista dolo. En dicho supuesto, responde además de los perjuicios imprevistos (art. 1574 CC).	La reparación es completa, esto es, incluye cualquier tipo de daño a la persona y sus bienes y la pérdida de cualquier beneficio ya sea patrimonial o extrapatrimonial (art. 2229 CC).
CARGA DE LA PRUEBA	El acreedor debe probar la existencia de la obligación y se presume al deudor culpable por el mero hecho del incumplimiento. El deudor que quiere liberarse de responsabilidad debe probar que el incumplimiento no le resulta imputable, debe acreditar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor que hizo imposible su ejecución, así como el empleo de debida diligencia o cuidado (art. 1563 CC).	Le corresponde al afectado probar el hecho doloso o culpable; no obstante, el art. 2229 del CC recoge acciones riesgosas por lo que la culpa es presumible.

Fuente: Código Civil

Elaborado por el autor. 2019

Dichas formas de responsabilidad permiten garantizar a la víctima el medio legal para reparar el daño, puesto que lo elemental no es determinar el origen del daño, sino resolver las consecuencias que causó.

Con respecto a ambas formas de responsabilidad es prudente manifestar que no todas aquellas conductas que generan daños se presentan de igual manera ni se enmarcan en iguales realidades de tipo social, pero sí suelen aparecer de manera poco frecuente.

La realización de una estructuración permite afirmar que las definiciones básicas relacionadas con actos que causan daños están sujetas a estas dos formas de responsabilidad en sede civil.

Por un lado, las contractuales, en la que consta una relación entre médico y paciente y, por otro, las extracontractuales, que como se ha visto nacen de las relaciones humanas y alejadas de cualquier relación de tipo legal.

En la responsabilidad contractual, el deber de indemnizar se deriva de otro deber, el de cumplir con lo que ha infringido, mientras que en la extracontractual la obligación de reparar surge por ocurrencia de un hecho dañoso; resulta evidente y necesario en la práctica médica aplicar una teoría unificadora para asegurar los derechos y obligaciones de ambas partes en el ámbito médico.

Por otra parte, la relación médico-paciente en la mayoría de las ocasiones se formaliza mediante contrato en el que se pacta su ejecución dentro de un determinado espacio de servicios, pero, en ocasiones, para Gutiérrez,⁴¹⁷ puede dejar de ser este tipo de contrato y convertirse en uno de obra, perfeccionándose un contrato atípico, tal como ocurre cuando el galeno brinda sus servicios de manera gratuita y al no existir pago alguno no puede calificársele como locación de servicios, atendiendo a que no existe onerosidad.

Otro supuesto es cuando se hospitaliza al paciente: se complejiza la relación porque aumentan la cantidad de prestaciones, incluyendo, además de la asistencia médica, la higiene, alimentación, entre otros.

Entonces, mientras en la responsabilidad contractual el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad la posibilidad eventual del daño, sobre la base de efectuar un hecho determinado cuya ejecución determina esa responsabilidad, en la responsabilidad extracontractual esa posibilidad no nace entre los contratantes, ya que no existe obligación alguna determinada ni perfectamente delimitada. Esta diferenciación, que se hace a efectos prácticos de los juicios civiles que el profesional de la salud podría enfrentar (daños y perjuicios a un daño o en el patrimonio moral del paciente), parte del hecho de que, por ejemplo, si se asume que existió un contrato de prestación de servicios médicos, basta que se verifique que estamos ante un incumplimiento de parte del galeno, es decir, el daño reclamado y cuyo resarcimiento

⁴¹⁷ Walter Gutiérrez Camacho, "Paciente o consumidor: El Contrato de Servicio Médico y la responsabilidad del médico", en *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 6-n.º 22 (Lima: Gaceta Jurídica, 2000), 59.

se persigue debe tener como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se le imputa como responsable.⁴¹⁸

Luego de revisadas, la responsabilidad contractual y extracontractual doctrinal legalmente debe plantearse que, aunque desde el punto de vista de su esencia la idea de responsabilidad se presenta como un concepto único, dentro de la relación médico-paciente esta se entiende a partir del contrato de servicios profesionales, es decir, el proceso contractual, que podría ser expreso o tácito; de manera que los daños derivados de un determinado tratamiento o de una intervención quirúrgica proceden del incumplimiento imputable del proceso contractual o extracontractual, e incluso de lo defectuoso de su cumplimiento de un anterior contrato.⁴¹⁹

En el juicio de reclamo por daños y perjuicios y daño moral Pazmiño vs. Clínica Pasteur, el juzgado de primer nivel logró identificar los tipos de responsabilidad exigida y dejó abierta la posibilidad de que si en realidad la relación contractual es el germen inicial, la responsabilidad aquiliana por las acciones que se desarrollan dentro de la relación médico-paciente, prospera y se impone, de ahí que es acertada la identidad de mancomunidad de responsabilidades, pues su delimitación no puede ser óbice para que se nieguen las razones jurídico-funcionales en pro del derecho a la salud subyacente en la acción reparatoria que se persigue.⁴²⁰

⁴¹⁸ *Ibíd.*, 263-344.

⁴¹⁹ Bello Janeiro, *La responsabilidad médica*, 16.

⁴²⁰ DÉCIMO. -Se advierte, la concurrencia de la responsabilidad contractual tácita, derivada del incumplimiento de la obligación prestacional; y, de la responsabilidad extracontractual, derivada del obrar antijurídico provocador de daños. Se define ordinariamente a la obligación, como un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona, el beneficio de un hecho o una abstención de determinados actos generalmente de estimación pecuniaria, en tratándose de prestaciones, las obligaciones que involucren la diligencia de actuar, la culpa constituye parte de la noción de incumplimiento que asume tres formas típicas: el incumplimiento total de alguna obligación contractual, el cumplimiento imperfecto, por satisfacción parcial en la ejecución de una o más de las obligaciones y, por último, el cumplimiento tardío. Los efectos esenciales de buena parte de la doctrina reconocen a las obligaciones de medio y resultado: en las primeras no se presume la culpa y en las segundas solo cabe como defensa la prueba de la fuerza mayor, entonces la culpa se origina cuando la acción se ejecuta sin alguno de los siguientes tres atributos: la falta de diligencia: negligencia, la falta de prudencia: imprudencia; y, la falta de pericia: impericia. La responsabilidad civil extracontractual, en cambio deriva del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en la perspectiva del derecho privado, definida así: a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelito; b) La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; c) La responsabilidad civil extracontractual es indirecta cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve. “Por tanto, el principio de que todo daño debe ser reparado da lugar al replanteamiento del derecho de la responsabilidad, en su integridad” (Barragán Romero, *Elementos del daño moral*, 37). El daño es la pérdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o sus bienes, lo cual genera obligaciones de reparar según el artículo 1453 del Código Civil. Los artículos 2214 y 2216 *ibidem* disponen que además de la obligación de reparar los perjuicios que se deriven del daño da lugar al pago de indemnizaciones. Sobre la relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido, la jurisprudencia nacional enseña la prevalencia del sistema de causalidad adecuada, que implica un juicio de probabilidad basada en un pronóstico proyectivo y retrospectivo a cargo del Juez, de un modo racional y acabado. Jurídicamente la relación de causalidad es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante

En el campo del derecho civil, esta noción básica da lugar a diversas manifestaciones específicas señaladas con particularidades tan acusadas al ilícito que se puede dudar si esta rama del derecho puede hablar de un concepto unitario de responsabilidad.

que, en este caso, hace que la conducta, el daño y los riesgos se integren en la unidad del acto, como fuente de la obligación de indemnizar, así [...] “la causalidad no es, en derecho, más que una probabilidad aceptable”; Hans Fisher. *Los daños civiles y su reparación*, (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928), 46. La clínica Pasteur, en su defensa, argumentó [...] que en la demanda en forma inexplicable consta como demandada mi representada por la ejecución de un acto médico, supuesto este absurdo, ya que, está por demás y, no cabe explicación alguna indicar que mi representada jamás podría realizar un acto médico... Sobre esta afirmación, es necesario revisar el alcance del artículo 2220 del Código Civil, pues, no solo se es responsable de los hechos propios, sino también, excepcionalmente, por los hechos ajenos. La responsabilidad vicaria o por hecho ajeno, es una respuesta legal eficiente a los problemas planteados por las situaciones en que el causante potencial del daño desarrolla su actividad por cuenta de su principal, será declarado directamente responsable (46). La clínica demandada es objetivamente responsable de las culpas cometidas por su empleado o dependiente el doctor Rodney Fernando Vaca Montenegro, la demandada prestataria de salud no responde por culpa propia, sino, en garantía de las culpas ajenas. De esta forma, y por regla general, una vez probada la culpa del dependiente, esta se propaga hacia la clínica la cual debe responder frente a la víctima al modo de un garante solidario, para que surja responsabilidad civil de la clínica demandada bajo este sistema deben reunirse, al menos, las siguientes condiciones: que el médico que directa y materialmente causó el daño haya actuado con dolo o culpa, de forma tal que, sin culpa, no hay responsabilidad civil de la clínica demandada; que el médico causante del daño sea subordinado, empleado o dependiente de la clínica demandada, de manera que si la clínica prueba que no existe relación de subordinación o dependencia entre ella y el médico culpable, la primera no es civilmente responsable; y, dos, que el médico dependiente que causó el daño haya actuado en el ejercicio o, al menos, con ocasión de sus funciones, de manera que si la clínica demandada prueba que el médico actuó fuera de sus funciones, se exime de la responsabilidad civil. En el presente caso, los dos supuestos están configurados, es decir, hay prueba de la relación de dependencia del médico para con la clínica y, el acto dañoso culpable se materializó en actos en que el galeno prestaba sus servicios en el área de emergencia de la empresa Clínica Pasteur, prestataria de servicios de salud. La responsabilidad por los daños causados por otros se basa en el riesgo creado por la actividad o en el beneficio que de ese riesgo deriva, estando en el mismo lado, riesgo y beneficio. El fundamento para imponer responsabilidad en casos en que se discute el actuar lícito o no del dependiente, es claro, la responsabilidad por otros solo está justificada en situaciones en las que el dependiente debe responder personalmente, es decir cuando su comportamiento suponga una violación de conducta del estándar requerido, lo que no significa que la víctima pueda reclamar de modo colateral y al mismo tiempo a la empresa prestataria del servicio médico sujeta a otro régimen de responsabilidad a fin de hallar en la concurrencia de responsabilidades la solución a la concurrencia de actos. La responsabilidad civil extracontractual objetiva en su variante, del riesgo, explica la atribución de responsabilidad de las empresas que producen y comercializan bienes y servicios, fundando la llamada responsabilidad civil del empresario por bienes y servicios defectuosos. La clínica Pasteur, organizada como empresa, debe responder civilmente incluso de los daños accidentales o estadísticamente inevitables, toda vez que es titular de bienes o actividades peligrosas que causan daños estadísticamente inevitables y, es el sujeto que, está en mejores condiciones para socializar el riesgo, es decir, internalizar dicho pago como un costo más de la producción. Clínicas y hospitales privados son negocios, que prestan servicios médicos y de salud al cliente, de forma que quien crea y lucra con un riesgo debe responder de los daños que este negocio genera, en este marco delimitado hacia la responsabilidad empresarial, la responsabilidad subjetiva o por culpa es impracticable y no funciona, por lo tanto, se responde ante un hecho objetivo: el daño. “La disposición de la creación del riesgo en el derecho resarcitorio se centra en la necesidad de que el daño sea reparado, esto es, resarcir a la víctima del daño sufrido, independientemente de la cuestión de la ilicitud, por esta vía y al no exigirse la prueba diabólica de la culpa, se facilita a la víctima el acceso a la reparación [...]”; Carlos Gherzi, *Teoría general de la reparación de daños* (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003), 144. Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha. [Sentencia, caso Juan José Pazmiño Pastor vs. Clínica Pasteur y otro], 2 de marzo de 2011.

Estas manifestaciones deben ser referidas a la clasificación de la responsabilidad en las categorías de contractual y extracontractual, esta última llamada también legal, cuya clasificación desbordó el campo propio de la responsabilidad y se convirtió en un criterio general de clasificación de las obligaciones, de tan relevante importancia que ha merecido tradicionalmente el nombre de *suma divisoria*.⁴²¹

Peirano, manifiesta que este papel decisivo que se ha pretendido hacer jugar a esta clasificación se percibe claramente si se atiende a ella. Lejos de haber tenido siempre su radicalización en la zona de fuentes de las obligaciones como hubiera sido razonable, ha pretendido alcanzar toda la vida de la obligación y busca explicar la existencia de modalidades de dicha relación, no ya con el surgimiento del vínculo obligacional, sino con obligaciones ya nacidas.⁴²²

Quizá este es el quid: dejar de buscar la categoría de responsabilidad sobre la que se resolverán los problemas planteados a los jueces, sino lograr que estos resuelvan los casos una vez provocados el daño, siendo este el elemento generador de la responsabilidad y no la especialización del sistema a aplicar al daño.

En esta zona mixta o fronteriza⁴²³ entre ambos tipos de responsabilidad, se manifiestan las dificultades en aquellos casos en los que, mediando una previa relación contractual entre las partes, una de ellas sufre daños de naturaleza corporal, moral o patrimonial como consecuencia del incumplimiento por la otra de alguna de las obligaciones derivadas directa o indirectamente del contrato, y cuya adscripción a la contravención contractual o a la responsabilidad extracontractual no está clara. El problema está planteado, la cuestión a resolver es dilucidar si los daños son consecuencia específica del incumplimiento contractual.

Es decir, si una de las obligaciones del contrato era cabalmente la de no causar algún tipo de daño efectivamente verificado o, por el contrario, si el contrato tan solo ha servido de mero antecedente causal del acaecimiento de un daño cuyo deber de evitar escapa a la estricta órbita contractual.

Situaciones en las cuales no es fácil determinar y alinearse por una u otra solución, puesto que, junto con la obligación positiva de ejecutar exactamente la prestación, se encuentra la obligación genérica negativa que recae sobre toda persona

⁴²¹ Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual* (Bogotá: Temis, 1981), 53.

⁴²² *Ibid.*, 53.

⁴²³ Fernando Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1 (Madrid: Thomson Reuters / Aranzadi, 2016), 174.

de no procurar daño. Estos casos de zona mixta, las de responsabilidad contractual y extracontractual poco claras por definición situacional, devienen especialmente en todos los derivados de aquellas relaciones contractuales en las que en la ejecución de la prestación queda directamente comprometida la vida, la salud, y la integridad física de una de las partes, de manera que la inobservancia del deudor del deber de diligencia exigible puede dar lugar al fallecimiento de una persona o provocar un perjuicio definitivo.

Las circunstancias de que muchos de tales daños no sean de los que necesariamente se derivan del incumplimiento del contrato han llevado a afirmar que esta zona mixta se ciñe a obligaciones accesorias derivadas de las relaciones contractuales; además, el hecho de que la concurrencia entre ambas responsabilidades se admita casi siempre cuando los bienes lesionados son la vida, la salud y la integridad física llevaría a circunscribir esa zona mixta a las llamadas obligaciones de seguridad o protección y cuidado, lo que tendría como consecuencia afirmar que la responsabilidad extracontractual debe concurrir siempre que los perjuicios causados fueran igualmente indemnizables sin un contrato.

Sucedo que no puede decirse que constituya solo una obligación accesoria, por ejemplo, el realizar un diagnóstico de un paciente con una posible fractura —esto es la obligación principal de prestar el servicio profesional ejecutando el mejor de los esfuerzos en la aplicación de los saberes y experiencia profesional— y decidir el tratamiento adecuado para mejorar su condición física para que le permita recuperar su salud sin que se produzca ningún menoscabo a su integridad física. Se puede ver, pues, que esto no es una obligación nacida del contrato, sino que constituye un deber genérico impuesto por un principio general del derecho, *alterum nom laedere*.

En efecto, no hay duda de que la más importante de las normas que rige el devenir de los comportamientos humanos es la máxima de no causar daño, al punto de que los juristas romanos la incluyeron entre los tres grandes postulados del comportamiento social, los conocidos conceptos de Ulpiano, junto al vivir honestamente y dar a cada uno lo suyo.⁴²⁴ La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica, de modo que el autor de un daño responde por él o, lo que sería lo mismo, el autor del daño está sujeto a responder.

⁴²⁴ Bello Janeiro, *La responsabilidad médica*, 16.

1.3. Sistemas de responsabilidad civil: subjetivo y objetivo

Corresponde decir que en relación con el tema está el hecho de que aquellas obligaciones que poseen en su objeto una prestación de hacer se destacan las de medios y resultados.

En las obligaciones de medios el deudor no garantiza el resultado, solo asume el compromiso de continuar de forma diligente con la conducta que ordinariamente conduce al mismo, lo que no implica que se produzca; en cambio, en las obligaciones de resultado no es suficiente con que el deudor actúe de forma diligente, sino que es necesario cumplir con el resultado prometido al acreedor.

La importancia práctica de la diferencia antes planteada se basa, según un sector de la doctrina, en dos elementos: determinar el objeto preciso de la obligación asumida por el deudor y del establecimiento de la carga probatoria.

Por otro lado, se considera que distinguir entre obligaciones de medios y de resultado no incide en la carga de la prueba, puesto que no existe alteración en el orden de los hechos que se deben probar, sino que solo comporta un diverso contenido de la carga probatoria del hecho del incumplimiento por parte de la víctima.

Bajo estos criterios, la parte actora deberá probar el hecho constitutivo de su pretensión, que se basa en el resarcimiento, ante un daño producido; el médico no está obligado a curar al paciente, sino que debe brindarle las atenciones y cuidados que necesite según sus necesidades apareciendo en dicho actuar el elemento aleatorio propio del acto médico y la reacción de cada paciente ante un tratamiento, teniendo en cuenta que cada organismo humano reaccione diferente al dolor a determinado tratamiento médico, según sus características autónomas.

Relacionado con lo expuesto mencionemos que la jurisprudencia francesa reconoce la *alea terapéutica* como la aparición, fuera de toda culpa médica, de un riesgo accidental inherente al acto médico y que no puede ser dominado o evitado por el facultativo médico.⁴²⁵

Resulta común que la totalidad de las intervenciones médicas, hasta la intervención más sencilla e inofensiva, traen consigo riesgos ajenos a la evitabilidad humana, aun cuando el galeno ponga en práctica la mayor diligencia y conocimiento técnico-científico.

⁴²⁵ Corte de Casación Francesa 1^{ra}. de lo Civil de 8 de noviembre de 2000, por lo que la reparación de sus consecuencias no se halla incluida dentro de las obligaciones asumidas por el médico frente a su paciente.

La tipología de las obligaciones nos permite encuadrar estas en las teorías objetivas y subjetivas, así la teoría objetiva está soportada en la reparación del daño; en cambio, la subjetiva en la culpa. Iturraspe⁴²⁶ afirma que la imputabilidad subjetiva que desencadena una responsabilidad subjetiva se funda en la culpabilidad, factor psíquico, con sus dos variantes: la culpa y el dolo.

Asimismo, en las obligaciones de medios, el paciente perjudicado debe acreditar la actuación incorrecta del galeno en cualquiera de las tres clases que la doctrina identifica, o sea, la presencia de negligencia, impericia e imprudencia vulnerando la *lex artis*.

Por otro lado, dentro de las modalidades de culpa en la actuación médica aparecen otras obligaciones asociadas a la disciplina partiendo de los deberes del profesional de la medicina que van a permitir delimitar si tuvo responsabilidad o no mediante la revisión del diagnóstico, el tratamiento prescripto, su aplicación y, en el caso de intervenciones quirúrgicas la vigilancia postoperatoria, elementos todos ellos que comprometen la responsabilidad médica.

Destaquemos que la diligencia constituye el sustento de la actividad debida que implica actuar con la prudencia acertada; por su lado, la aplicación de la culpa virtual, se infiere del acto bajo los criterios de diligencia y cuidados no realizados, o sea, omitidos que se pueden presumir. Tamayo ejemplifica que:

En efecto es normal que el paciente resulta con una lesión óptica, durante la intervención quirúrgica de uno de sus pies, sin que el médico pueda explicar cuál fue la causa de lo ocurrido, puede inferirse que hubo un descuido por parte de las personas que intervinieron al paciente. En cambio, si un paciente gravemente enfermo del corazón, fallece por tal dolencia en medio de una intervención quirúrgica de alto riesgo sin que el hecho permita inferir una negligencia del cirujano, sería absurdo el condenar a este si no es capaz de establecer que ha actuado con diligencia y cuidado. Si la muerte era perfectamente probable, aunque no segura en manos del médico cirujano, ¿cómo hacer recaer sobre el médico sub júdice una presunción no solo de culpa sino también de casualidad??.⁴²⁷

El diagnóstico es la fase inicial de la actuación médica y de ella depende el tratamiento a aplicar al paciente. Es el conjunto de actos encaminados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que aqueja al enfermo; el mismo puede no ser preciso tomando en cuenta la diversidad procesos y síntomas patológicos y análogos,

⁴²⁶ Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, 21.

⁴²⁷ Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, t. IV, *De los perjuicios y su indemnización* (Bogotá: Temis, 1999), 12.

que resultan difíciles en primer momento de interpretar e identificar; es justo en este momento cuando el médico debe aplicar todos los recursos que estén a su alcance para lograr un diagnóstico acertado.

Al respecto, el diagnóstico es una obligación de medios y no de resultados, atendiendo a que un error médico en esta fase no conforma por sí mismo una culpa profesional, salvo que se provoque por ligereza, negligencia o la omisión de procedimientos conocidos o el galeno no cuenta y no emplea las técnicas y métodos de la investigación que la ciencia ha puesto a su disposición”.⁴²⁸

Para señalar la culpa del médico en el diagnóstico, es necesario realizar una comparación con aquellos medios que emplearía un médico que ha actuado de forma diligente y prudente para determinarlo y no con los resultados obtenidos del diagnóstico; por tanto, durante esta fase el médico compromete su responsabilidad si llega a conclusiones incorrectas e insólitas en comparación con otros galenos de igual categoría.

Con respecto al tratamiento y la prescripción, el médico también compromete su responsabilidad y específicamente se considera la aplicación del tratamiento médico como aquel grupo de recursos, ya sean higiénicos, farmacológicos, físicos o quirúrgicos, que poseen como objetivo curar o el aliviar padecimientos o síntomas cuando se ha llegado a un diagnóstico.⁴²⁹

De igual manera, la actividad postoperatoria puede dar lugar a la culpa cuando el médico no realice el seguimiento y la vigilancia adecuada al paciente, por ejemplo, cuando necesite oxígeno y este se le termina sin que se le suministre el necesario por parte del personal encargado, pudiéndole causar afectaciones cardiorrespiratorias u otras eventualidades. Por último, aquella culpa relativa a la conducta de médico en el desempeño de su actividad, la cual puede ser dolosa en el caso que se atente de manera voluntaria y consciente contra la salud del paciente que está sujeto a su cuidado, tipificándose una conducta infractora como el homicidio o lesiones, las que implican la responsabilidad civil y también penal de este.

Si el médico incurre en los supuestos antes mencionados, existen pocas probabilidades de que los resultados sean favorables.

⁴²⁸ Manuel Rojas Salgado, *Responsabilidad Civil Médica, la valoración de la prueba* (Medellín: Librería Jurídica, 2015), 72.

⁴²⁹ *Ibíd.*, 216.

Por otro lado, las obligaciones de resultado se relacionan justamente con este, el que forma el contenido de la actividad debida.

Los galenos en su mayoría asumen obligaciones de medios, tomando en cuenta que en su labor ellos buscan y aplican todos los medios necesarios para que la persona sane, pero no tienen el compromiso de curar; no obstante la doctrina reconoce excepciones tales como la cirugía estética, tratamientos odontológicos en las que supuestamente el médico debe asumir obligaciones de resultados, aun cuando no ha sido negligente, ni hay indicios de impericia, solo por el hecho de que lograr lo que ha prometido y que, por consiguiente, ha creado una expectativa en el paciente, siendo justamente esto el móvil que lo llevó a someterse a la intervención quirúrgica a recibir un determinado tratamiento.

Sin embargo, este criterio se ha ido modificando. Al respecto se afirma que:

La jurisprudencia evolucionó, los jueces comprendieron que el paciente es un ser pensante y que puede decidir libremente tomar riesgos, aun el de perder la vida, para lograr el resultado de mejorar su apariencia (que la justicia considera frívolo). Así fue como se suavizaron las exigencias respecto de los esteticistas que pasaron de ser “absolutas” (la obligación de resultado) a “muy estrictas” y actualmente podemos afirmar que nos encontramos ante una obligación “de medios aumentada”, mayores que las de un médico común pero relativas al fin.⁴³⁰

En resumen, la doctrina reconoce que la responsabilidad será subjetiva⁴³¹ cuando está presente la obligación de medios; y objetiva cuando la obligación es de resultados. En este último supuesto al paciente le resulta suficiente con acreditar que no obtuvo el resultado deseado para incoar un proceso y lograr reparar el daño causado por el proceder médico; por su parte, el profesional de la salud deberá demostrar que existe una ruptura del nexo causal para demostrar que no es culpable, teniendo en cuenta que

⁴³⁰ Floreal López Delgado, “Cirugía estética: Los peligros de buscar la belleza”, accedido 12 de marzo de 2019, <http://elopezdelgado.com.ar/sitio/index.php/item/18-cirurgia-estetica-los-peligros-de-buscar-la-belleza>.

⁴³¹ El modelo o patrón de responsabilidad de naturaleza subjetiva es el originario; así el sistema de responsabilidad subjetiva como único sistema solo podía funcionar históricamente en una sociedad menos evolucionada y poco tecnificada. Sin embargo, la evolución social y económica pronto cambiaron el escenario que había sido considerado por el Código Civil: daños causados por la actividad industrial, en los centros de trabajo, por riesgos extraordinarios, por la actividad eléctrica o radioeléctrica, por la producción en masa, por los avances tecnológicos, por los agentes, los funcionarios o trabajadores de las administraciones, etc. Ante esta realidad, en todos los países la jurisprudencia y la doctrina empezaron a elaborar reglas que mitigan o sencillamente se apartaban del modelo de la responsabilidad por culpa. Uno de los primeros fue la técnica de la inversión de la carga de la prueba de la culpa ante los casos en los que la actividad del sujeto agente requería conocimientos especializados o resultaba ser muy oscura o impenetrable.

cuando la obligación es de resultados, la prueba del incumplimiento objetivo se aleja de analizar la culpa porque no es objeto de su evaluación.

La Ley Orgánica de Salud⁴³² norma, contempla y dispone que son infracciones en el ejercicio de la profesión médica aquellos actos individuales, intransferibles e injustificados que produzcan daño en el paciente como resultado de incumplimiento de normas; impericia en la actuación de cualquier profesional que carezca total o parcialmente de experiencia y los conocimientos técnicos para desarrollar su labor; aquellos casos en que esté presente la imprudencia en la actuación del profesional de la salud que implica omisión del cuidado o diligencia exigible; y, en caso de negligencia en la actuación del profesional de la salud manifestado en la omisión o demora injustificada en su obligación profesional, la regulación reconoce la responsabilidad por culpa .

En la práctica médica, por ejemplo, en una operación quirúrgica, intervienen varios profesionales de la salud, así como auxiliares y técnicos sometidos a la cabeza del *team*, quien se encarga de dirigir, monitorear y coordinar dicho acto. Por tanto, este asume la responsabilidad objetiva⁴³³ por los daños que ocasione el personal subordinado en la medida en que haya existido la posibilidad cierta de evitarlos.

Existen intervenciones que requieren la presencia de un anestesista que posee independencia en el ámbito técnico y científico y por dicha condición el equipo no responde por los perjuicios que cause, e igualmente si el cirujano posee dicha autonomía.

En sentido general debe plantearse que, en el contexto nacional, resulta necesario tener en cuenta las obligaciones de medios y de resultado, así en la mayoría de los procesos judiciales estas especificidades de la responsabilidad médica no se tienen en cuenta, los juzgadores se enfocan rotundamente en buscar la culpa o el dolo.

⁴³² Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006, art. 202.

⁴³³ El segundo patrón o modelo de la responsabilidad civil es la objetiva, o el tercero, si se considera la responsabilidad por riesgo otro patrón de responsabilidad, pero, insistimos, es un modelo de responsabilidad subjetiva, aunque con ciertas peculiaridades. En relación con ciertos supuestos de daños contemplados por la ley se prescinde por completo del criterio de culpabilidad. Bajo el régimen de responsabilidad objetiva el demandado responde simplemente por haber puesto en marcha una actividad y haber causado un daño, sin que pueda exonerarse alegando que mantuvo la diligencia exigida según las normas de conducta aplicables al sector de la actividad. En la jurisprudencia y la doctrina este tipo de responsabilidad se confundía con la responsabilidad por riesgo. Actualmente, como ya se ha mencionado, no existe esta confusión. La responsabilidad objetiva, por cuanto establece un régimen de responsabilidad más estricto, solo puede ser determinado por la ley.

Este compromiso sanador del médico sigue encuadrándose en una obligación de medios, no generando derechos absolutos a la salud o a la generación corporal por fuera de una intachable cirugía.⁴³⁴

Se requiere entonces que los jueces cuenten con pautas elementales para definir cuando realmente se está ante un daño causado por un profesional de la medicina y los informes periciales en esta especialidad deben resultar la piedra angular para tomar la decisión teniendo en cuenta que son criterios técnicos científicos y, por tanto, deben ser interpretados y demostrados de manera clara para garantizar en el proceso un fallo justo.

A priori, se puede afirmar que la relación médica – paciente, coloca en frente un contrato de arrendamiento de servicios y, no de arrendamiento de obra, en razón de que, tanto la naturaleza mortal del hombre como los niveles a los que llega la ciencia médica son insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual.

Por consiguiente, debe exigirse al médico —salvo casos muy concretos— una simple obligación de medios o actividad, sin que pueda entenderse el mismo comprometido a obtener un determinado resultado. Más no es de olvidar que la doctrina considera que el estar frente a una obligación de resultado se está delante de la presunción de culpa.⁴³⁵

Un caso que se ajusta a la explicación, es el de Charlotte Mazoyer vs. Clínica Pichincha y médicos independientes (9 de diciembre de 2009 Sentencia n.º 003-09-SEP-CC).⁴³⁶

⁴³⁴ Julio Galán Cortes, *La responsabilidad civil médica* (Madrid: Civitas, 1999), 82.

⁴³⁵ *Ibíd.*, 95 y 74.

⁴³⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. *Caso: Charlotte Mazoyer vs. Clínica Pichincha y médicos dependientes*: Materia y sede: Los hechos: Denuncia presentada el 9 de diciembre de 2009 por el Dr. Jaime Donoso Jaramillo, procurador judicial de Bernard Mazoyer y Elisabeth Marie-Aline Jacqueline, quienes relatan que el día que presentaron la denuncia la señorita Charlotte Mazoyer ha sido víctima de un asalto, a eso de las 19:30 aproximadamente, la cual recibió un impacto de proyectil de arma de fuego, que ingresó en la parte frontal del tórax. A las 20:09 la víctima ingresó a la Clínica Pichincha, al no contar con un médico especialista en cirugía cardiotorácica, no se la admitió de forma inmediata al quirófano para tratar la lesión cardíaca, anunciada de forma vehemente por la herida; se omite ingresar a la paciente al quirófano y hasta las 20:40, el único examen que se le practicó es uno de Rayos X, el cual confirmaba la trayectoria del proyectil y la sospecha de la lesión cardíaca penetrante. A eso de las 20:40 se manifestó que el único cuadro de llamadas Dr. Mario Gonzales, no podía concurrir. Hasta ese momento habían transcurrido 30 minutos sin que la paciente haya sido intervenida quirúrgicamente. A esa misma hora se convoca al Dr. Carlos Julio López Ayala. El Dr. López acude a pesar que la Clínica tiene una reglamentación especial para los casos de reemplazo y de que se trataba de un caso muy grave compatible con un trauma Cardíaco Penetrante por arma de fuego; el Dr. López frente a esta emergencia permite que se postergue la intervención hasta que se cobre por anticipado la cirugía. Se realiza la diligencia con la formulación de la denominada hoja de

emergencia, por parte de Sonia Liliana Velazco Cuesque, la cual es entregada en admisión a las 21:00, a base de este documento se elabora un contrato de admisión por parte de María Inés Narváez Nicola sugiriendo a los allegados que consigan una persona con tarjeta de crédito que pueda firmar el contrato y boucher de pago, caso contrario se trasladará a la víctima a un hospital público. La señora Leticia Pozo, concurre a la clínica y firma el contrato de admisión y el boucher. A eso de las 21:10, sin haberse efectuado ninguna interconsulta a un cirujano cardiotorácico, el cirujano abdominal, Dr. López niega nuevamente la atención quirúrgica frente a la lesión cardíaca que ocasionaba una enorme pérdida de sangre, y que según él se habría realizado a las 20:51, aunque no consta ningún respaldo documental y que le habría permitido descartar un hemo pericardio. Se pretendió practicar una laparotomía hepática, sin realizar ninguna interconsulta con un cardiotorácico. A las 21:50 se pone de manifiesto el resultado de la falta de atención del requerimiento quirúrgico del paciente; cuando el propio Dr. López, describe un episodio de bradicardia que se trata de controlar con medicamentos, a las 22:00 antes de comenzar la laparotomía al introducir la anestesia, Charlotte Mazoyer, sufre un paro cardíaco y obliga al cirujano a abrir una ventana a la altura de la apófisis xifoides para alcanzar el corazón y procurar un masaje directo, al realizar esta maniobra, el Dr. López se percata que el corazón tenía dos agujeros, por lo que decide tardíamente llevar a cabo la toracotomía que se debió efectuar dos horas antes. A las 22:50 llega el Dr. Luis Rojas, quien señala que el Dr. López ya ha hecho todo lo que correspondía a un cirujano cardiotorácico, pero que la paciente estaba muerta. Y el Dr. López se dedica a tratar quirúrgicamente el problema hepático hasta las 1:15 del día 13 de septiembre de 2009, cuando la paciente es declarada muerta.

Aspectos procesales: Las partes presentaron el recurso de casación de la sentencia donde la CNJ señala que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de la importancia de este recurso, así en la “Sentencia n.º 003-09-SEP-CC” sostuvo: la casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. La corte analizará la sentencia recurrida sin olvidar el derecho al debido proceso que tienen las partes y que es un derecho que los administradores de justicia deben garantizar. Y la seguridad jurídica que merecen las partes, así como una sentencia motivada. Señala que el tribunal de casación debe resolver sobre lo expuesto, sobre la indebida aplicación del art. 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, al considerar que este artículo tiene dos partes y debía aplicarse la segunda y a su vez por la indebida aplicación e interpretación del art. 4 del Código Penal y menciona que la corte no puede entrar a examinar los hechos del caso porque estos han quedado determinados en las etapas penales precedentes. La corte menciona que el derecho a recurrir es una garantía del debido proceso, y es el mecanismo mediante el cual una persona que se encuentra inmersa en una contienda penal, evita una condena, más si considera que es ilegal o ilegítima. Menciona que al haber atacado a la sentencia de según nivel por indebida aplicación del art. 13 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, se debe probar este yerro, a través de argumentos sólidos al tribunal, comprobar que se trata de un error *in iuris*. Menciona que la Ley de Derechos y Amparo del Paciente se dictó con el fin de proteger la salud y la vida que son derechos inalienables de todos los seres humanos. Respecto a la favorabilidad a favor del reo, menciona que es un principio *pro homine* que persigue la plena vigencia de los derechos y de existir una ley posterior más benigna, esta deberá ser aplicada e imponerse la sanción menos grave, sin necesidad de petición. El Art. 9 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente establece: se prohíbe a los servicios de salud públicos y privados exigir al paciente en estado de emergencia y a las personas relacionadas con el que presenten cheques, tarjetas de crédito, pagares a la orden, letras de cambio u otro tipo de documento de pago como condición previa para ser atendido. La salud siendo un derecho universal, cualquier paciente en estado de emergencia debe ser atendida en un centro de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo. La Corte Constitucional: dice que el juicio penal tiene varias etapas y que el recurso de casación solo cabe la llamada etapa de impugnación, en la que; se deberá analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos. La corte luego de hacer un análisis de los hechos, y establecer la responsabilidad del gerente y presidente de la Clínica por su nivel jerárquico en cuando que no se internó a la paciente hasta el pago previo respectivo; señala a su vez que el Dr. López omitió su obligación de médico al quebrantar su deber de evitar el resultado y no le brindó a la paciente la atención oportuna, eficaz y eficiente en el momento que lo requería. Conclusiones que llega el Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial, con los testimonios rendidos por los peritos médicos doctores Miguel Vinuesa, James Franco, Cornelio Rojas, especialistas cardiotorácicos, donde los tres afirman que la situación de la paciente era de extrema gravedad y que cabía una toracotomía de manera inmediata y que se perdió mucho tiempo antes de la intervención médica. Mencionando a su vez que había varios indicios de que se había perforado el corazón y que tras el sangrado se debía intervenir de manera inmediata sin utilizar otro tipo de procedimiento. En cuanto a la responsabilidad el tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, establece que es necesario advertir que tanto el centro de salud como el médico debe atenerse y observar en todo momento la *lex artis*, esta se define

Cuantitativamente la relación médico-paciente y la consecuencia de la misma, medio en el que se produce algún daño eventual y producido el mismo, dada la cultura sancionadora, la sociedad ecuatoriana se acostumbró a encontrar al médico culpable, quien debe cumplir una condena e indemnizar por el desdichado acto médico productor del daño.

1.4. Factores objetivos de atribución

La responsabilidad civil de los profesionales de la medicina es resultado de su acción personal; por tanto, el factor de atribución posee un carácter subjetivo,⁴³⁷ siendo

como, la forma de proceder de un profesional idóneo, profesional que esta con su título reconocido legalmente y que tiene la formulación y conocimientos necesarios para estar ejerciendo. La conducta delictuosa provista en el art. 13 de la Ley de Atención al Paciente, se describe en que el sujeto activo de la conducta es determinado y en este caso son los doctores VÍCTOR LÓPEZ y CARLOS LÓPEZ y el pago de la indemnización de daños y perjuicios corresponde al Centro de Salud como persona jurídica, pues son sus políticas internas las que establecieron una negativa de atención bajo el condicionamiento de un pago o garantía. El sujeto pasivo es común e indeterminado, puede ser cualquier persona que necesite o solicite la prestación del servicio médico. EL Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial, en sentencia, también indica que en virtud del tipo penal del art. 9 de la Ley de Atención al Paciente, el Centro de Salud no dio esa atención oportuna al paciente. Análisis que considera el Tribunal de Casación está ajustado y es coherente con lo apreciado a lo largo del proceso. Y que no encuentra que en dicho análisis exista oscuridad ni tampoco error en juris de este artículo. Y en lo concerniente al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios, que el Centro de salud en virtud del art. 12 de la Ley de Amparo al Paciente, se negare a atender a un paciente en estado de emergencia será responsable por la salud de dicho paciente y asumirá solidariamente con el profesional, la obligación jurídica de indemnizarle los daños y perjuicios que su negativa le cause. Dentro del fallo hace mención al pensamiento del tratadista José Ángel Patitó que dice que, la responsabilidad médica es la obligación que tienen los profesionales que ejercen la Medicina, de responder las consecuencias derivadas de su actuación profesional. Para este tribunal la *lex artis*, siguiendo lo dicho por el tratadista Serpa, son las pautas en que deben desenvolverse los profesionales, en este caso, profesión médica, y recalcando que es obligación del médico atender al paciente de acuerdo con esas reglas y con la correcta indicación médica. Según el Tribunal existe de parte del doctor Carlos López una falta de atención oportuna a al paciente, que finalmente culminó con la muerte, configurándose la conducta del verbo rector previsto en el art.13 de Derechos y Amparo al Paciente, primera parte, por la que ha sido condenada a la pena de doce meses de prisión. El Tribunal de Casación no ha observado que, en la decisión de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, exista falta de motivación. La sentencia ha cumplido con las exigencias argumentativas, ha enunciado la normativa necesaria y existe una coherencia entre las premisas y las conclusiones que se ha arribado y como lo asevera la Corte Constitucional, ha cumplido con los parámetros que exige una sentencia para ser motivada. [...]

⁴³⁷ El criterio de imputación subjetiva en el que se basa tradicionalmente la responsabilidad extracontractual es la negligencia. El dolo, evidentemente, también se incluye como criterio de imputación subjetiva, a pesar de no ser mencionado en este precepto. Por cuanto se ha visto, en esencia, existen tres modelos de imputación subjetiva. 1.- Imputación a título de culpa o dolo —responsabilidad subjetiva—. 2.- Imputación sin culpa —responsabilidad objetiva—. 3.- Imputación mediante presunción de la culpa en función del riesgo creado —responsabilidad por riesgo—. Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, antes de proceder a analizar si la conducta del sujeto o agente es o no culposa, hay que determinar si es imputable civilmente, es decir, si posee la capacidad suficiente para entender las consecuencias del acto que realiza. La imputación subjetiva, respecto de los mayores de edad no incapacitados, no plantea problemas. Los supuestos que plantean problemas son los casos de daños causados por los menores de edad y por los incapaces. Por lo que se refiere al menor de edad, para que pueda determinarse la culpa civil, es necesario que tenga la capacidad natural de entender las consecuencias de sus actos, cuestión que solo es posible precisar respecto del caso concreto en atención al grado de madurez del menor. La doctrina y jurisprudencia suelen considerar inimputables a los menores

necesario entonces que quien en su obrar fue autor material del daño causado *imputato facti* pueda además ser tenido como culpable del mismo *imputato juris*, porque existió en el acto por su parte dolo, culpa o negligencia.

La figura del dolo en la responsabilidad contractual, que es la que se emplea en este ámbito, se basa en el incumplimiento del contrato suscrito por las partes a los efectos de la prestación médico-asistencial; en cambio, un acto ilícito se perfecciona cuando lo *ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro*.⁴³⁸ Ello no es común en el campo médico.

La responsabilidad médica se restringe fundamentalmente a la culpa *stricto sensu*. Todas sus acciones están encaminadas a salvaguardar la vida, la integridad humana y la salud del paciente; debe decirse que el profesional de la salud durante su ejercicio está facultado libre para elegir el tratamiento o la solución que considere más conveniente para el bienestar del paciente.

En el proceso civil hay que probar o sucumbir,⁴³⁹ y definir el tema de la carga de la prueba de imputación que constituye uno de los aspectos más complejos, partiendo de definirse si la responsabilidad es objetiva o subjetiva o, en definitiva, frente al desprestigio de la clasificación para algunos, si la obligación es de medios o de resultados⁴⁴⁰ y, en su caso qué incumbe probar a cada cual. La posición subjetiva es la que más se aplica, es decir, en pro de la teoría de la culpa, habiéndonos pronunciado no solo en contra de una objetivación de la responsabilidad, sino también en contra de una presunción legal general de culpa que cargue al médico con la prueba de su liberación.

No obsta la aplicación de reglas como la de *res ipsa loquitur*, que permiten la inversión de la carga de la prueba en un supuesto específico.⁴⁴¹

Cabe agregar que tanto el contrato de servicios como el de servicios profesionales en particular tienen como objeto la actuación diligente del médico, lo que hace diferente del contrato de obra, en el que el objeto es lograr un resultado acabado.

de siete años; a partir de los catorce años los consideran imputables, pero se rebaja el estándar de diligencia exigible, y de los catorce a los dieciocho años los tratan casi igual que los mayores de edad.

⁴³⁸ Félix Trigo Represas, *Reparación de daños por "mala praxis" médica* (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), 40.

⁴³⁹ Mariano Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad civil del profesional liberal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2018), 391.

⁴⁴⁰ Alberto Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*. (Buenos Aires: Hammurabi, 1998), 82-5.

⁴⁴¹ Elena Highton, Oscar Malamud, Miguens Wierzba, *Responsabilidad médica: En pro de la teoría de la culpa, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997).

La prestación debida se determinará, examinando el criterio de la diligencia, de modo que la responsabilidad del deudor no surgirá de la falta de resultado, sino de la diligencia entre la conducta del obligado y el tipo de comportamiento que en las mismas circunstancias habría observado el ideal *diligens et prudens pater familias* para alcanzar ese fin.

No hay duda en cuanto a que el profesional asume una obligación de prestación de los servicios médicos con la debida diligencia y la exigible eficiencia, una obligación de asistencia al paciente más no de curación a ultranza, ni siquiera de alivio o de mejoría en su mal, y que no asegura la eficacia del tratamiento que emprende;⁴⁴² la obligación que asume el profesional de la medicina es dedicarse con constancia y poner en práctica sus conocimientos de forma oportuna, su diligencia y los medios que tenga a su alcance para lograr sanar al paciente, sin que pueda asegurar el éxito de este objetivo, a lo que se agrega que la complejidad de los elementos que juegan en cada caso médico, sumado a las particularidades que hacen a la individualidad de cada enfermo, impiden tener la certeza de que un organismo responderá en la forma en que lo hacen los demás. El carácter inductivo de la ciencia médica no permite afirmaciones terminantes o matemáticamente categóricas.⁴⁴³ La medicina es una disciplina que posee un carácter conjetural.

La atribución objetiva se fundamenta en la carga de la prueba, que evidencia un daño que por ser tal es evidente y, por ende, genera obligaciones para el deudor en ciertas clases de contratos, tales como el de transporte de mercaderías o de personas, como sucede en las denominadas actividades peligrosas y en algunas actividades imputables al Estado.

Es más exigente para el deudor porque no puede, frente a su incumplimiento, alegar diligencia y prudencia por cuanto son categorías inaplicables; el sustento de la responsabilidad objetiva es el riesgo. Solo le queda al deudor, o a quien ha causado el daño, acreditar un paliativo de responsabilidad o la denominada causa ajena, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.⁴⁴⁴

⁴⁴² Javier Fernández Costales, *El contrato de servicios médicos* (Madrid: Civitas, 1988), 202.

⁴⁴³ Oscar Ernesto Garay, *Responsabilidad civil de los medios Ética, Bioética y jurídica: Civil y penal* (Buenos Aires: la Ley, 2007), 939.

⁴⁴⁴ *Ibíd.*, 25.

2. Responsabilidad penal del médico

Para adentrarse en el estudio de la responsabilidad penal del médico es necesario tomar en cuenta que el Derecho Penal desarrolla una metodología sistemática, llamada *dogmática jurídico penal*. Esta representa un sistema de razonamiento estructurado en varias categorías o estratos de análisis, que aplican a la elaboración e interpretación del texto legal.⁴⁴⁵

El derecho penal se sustenta en la teoría del delito, o sea, en la creación de categorías ordenadas y razonadas mediante las que se puede determinar si hay o no delito. El objeto de la teoría del delito reconoce que toda infracción penal depende de una acción u omisión humana, por lo que la conducta humana constituye el carácter genérico del delito solo si se afirma que existe una acción verificando que este carácter no se encuentre excluido por ninguna razón.⁴⁴⁶

En relación con la teoría aparece un segundo aspecto que consiste en determinar si dichos actos humanos están descritos, o sea, tipificado en la normativa penal, puesto que el poder punitivo posee carácter excepcional y, por tanto, recoge como delitos solo determinadas conductas.

Luego aparece el tema relativo a que, si la conducta es conflictiva, partiendo de la idea que el conflicto debe ser parte del tipo penal. Este describe la conducta penalmente prohibida, en consecuencia, si la conducta no se encuentra recogida en la ley penal, no es típica y no constituye delito.

Ya se refirió, el poder punitivo es excepcional y exige que, dentro de la esfera de la ilicitud, la ley penal delimite algunos ámbitos mediante los tipos penales, pero no resulta suficiente con que la conducta se describa en el delito y presente un contenido lesivo para determinar su carácter anti normativo, es necesario que el sujeto activo ejecute la acción u omisión al menos con culpa, o sea, que responda subjetivamente por el resultado lesivo causado.

⁴⁴⁵ Alberto J. Bueres y Eugenio Raúl Zaffaroni, *Responsabilidad médica: Aspectos civiles y penales* (Buenos Aires: Hammurabi, 2009), 142.

⁴⁴⁶ Son causas de ausencia de acto todas aquellas que eliminan la voluntad. De allí que, tanto la fuerza física irresistible externa —donde el sujeto actúa como masa mecánica por causas naturales (vientos, lluvias, etc.) o por acción de terceros (empellones, caídas, etc.)— como interna que proviene del propio sujeto (acto reflejo, parálisis, etc.). También se da en supuestos de falta de voluntad por ausencia de consciencia (un coma profundo, estado vegetativo, descerebración, etc.). En todos estos casos se elimina la voluntad y, por ende, la conducta. Puede haber movimientos, pero no conductas voluntarias, razón por las cuales las consecuencias que pudieran generar quedan fuera de la órbita del derecho penal.

Esta responsabilidad de tipo subjetiva en el orden penal surge del principio de culpabilidad conocido como *nulla poena, nullum crime, sine culpa* (ningún delito, ninguna pena, sin culpa).

Para que una conducta resulte censurable en el orden penal requiere la existencia de la responsabilidad subjetiva. Esta cualidad específica no compone una categoría por sí misma, sino que forma parte del juicio de tipicidad subjetiva, fase en que se analiza el carácter volitivo de la conducta, que está formado por la voluntad o sea querer ejecutar determinados actos y un aspecto cognitivo que implica conocer lo que está haciendo.

Para que se norme un tipo penal, dicha acción debe estar prohibida, prevista en la Ley penal y, por tanto, no abarcada por un precepto permisivo que recoja que ante determinadas condiciones o circunstancias el Estado permita realizar dicha conducta prohibitiva. Estos preceptos permisivos son excepcionales y solo se perfeccionan en circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico y, de conformidad con ello, se autoriza al sujeto activo a realizar una conducta típica. Dicha autorización por parte del Estado hace que la conducta pierda su antijuricidad y no constituya delito alguno.

En ese sentido, es necesario que la conducta sea típica y antijurídica, en fin, ilícita. Aquella conducta que es típica y antijurídica es conocida como injusto o ilícito penal. No obstante, no es suficiente con que esté presente un ilícito penal para que haya delito, existen ilícitos que no llegan a serlo puesto que se requiere que el mismo le resulte reprochable al autor.

El injusto no se le reprocha al autor en el supuesto que no se le podía exigir una conducta distinta a aquel ilícito, o sea, cuando no podía realizar otro comportamiento. Igualmente, cuando el autor resulta incapaz psíquicamente, puesto que es imposible comprender el alcance y naturaleza de sus acciones. Ello es causa de inimputabilidad.

En igual condición está aquella persona que actuó por error invencible, del que no podía escapar con la normal diligencia como para percibir la ilicitud de lo que estaba realizando. En este caso se está ante los denominados errores de prohibición. No es posible juzgar el reproche a un sujeto por su conducta ilícita en aquellos casos que actuó bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente para su vida o la vida de otro.

El COIP⁴⁴⁷ vigente prevé en el artículo 18 como infracción penal aquella conducta antijurídica, típica y culpable cuya sanción está recogida en dicha norma penal.

⁴⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 18.

Luego de repasados algunos elementos de la teoría del delito, es posible plantear que la responsabilidad penal es aquel estado de sometimiento en que se encuentra el sujeto activo ante la potestad punitiva del Estado. La misma es individual, por tanto, solo resulta aplicable a quien comete el hecho delictivo. Para que se perfeccione una infracción penal debe estar presente el dolo o culpa, que se entiende como la voluntad de cometer el delito con plena conciencia y conocimiento de que es una acción u omisión contraria a derecho.

Existe una marcada diferencia entre una infracción penal y el ilícito civil teniendo en cuenta que la tipificación de un delito no incluye necesariamente la responsabilidad civil que se deriva del daño ocasionado, como tampoco existe responsabilidad penal si el acto no está tipificado en la norma penal. La responsabilidad penal se origina de la culpabilidad derivada de la acción u omisión de hechos dolosos, culposos y preterintencionales.

Se debe apuntar que el daño está relacionado a los conceptos de dolor, afectación, molestia, perjuicio y detrimento. En el orden legal, es la agrupación entre el acto realizado por una persona y su consecuencia sobre el patrimonio de otra, ya sea natural o jurídica. Echandía lo define así: daño es la ofensa que todo ilícito ocasiona al bien jurídico que el legislador pretendió tutelar a través del respectivo tipo legal.⁴⁴⁸

Corresponde resaltar que la responsabilidad penal médica constituye el deber que jurídicamente se impone a aquella persona imputable de responder por acciones u omisiones antijurídicas tipificadas en la norma como tipo penal del que es culpable y, en consecuencia, aplicarse la sanción que corresponda. Por tanto, dicha responsabilidad nace de un delito culposo.

Otro actor concurrente, para fijar la responsabilidad médica es preciso identificar un vínculo de causalidad entre el perjuicio o daño y la culpa médica, aspecto fundamental puesto que ninguna persona debe responder por un daño si no constituyó el resultado de una determinada acción u omisión. Sin embargo, en la responsabilidad médica la paradoja se da por pretender que las lesiones en comportamientos lesivos a la humanidad del paciente, los galenos asuman funciones divinas en daños irreversibles corporales por mala administración de sus cuerpos, pretendiendo derivar de los paliativos consecuencias generadas primitivamente por estos. Así las cosas, el daño que

⁴⁴⁸ Alfonso Reyes Echandía, *Diccionario de derecho penal* (Bogotá: UEC, 1977), 14.

sufre el paciente en su cuerpo, mente o en su salud, debe ser producto de la conducta, indebida del médico e imputar la responsabilidad del profesional de la medicina.

El nexo daño y culpa médica, es uno de los factores determinantes para que se materialice la responsabilidad médica y para el paciente deviene complicado probar la responsabilidad del galeno teniendo en cuenta que es a él a quien le corresponde probarlo por ser en el proceso penal la parte acusadora.

Le corresponde a la víctima de un daño probar la relación de causalidad entre la acción del demandado y el daño resultante, por lo tanto, la relación de causalidad es un extremo, cuya prueba le corresponde al demandante. Pero esto resulta complejo cuando se trata de actividades vinculadas al desarrollo científico y tecnológico, pues se desconoce por parte del demandante, cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las actividades científicas y tecnológicas.⁴⁴⁹

Tal y como, copia la cita, es complejo para el paciente demostrar científicamente la acción u omisión del médico y ello lo deja en indefensión atendiendo a que en la mayoría de los casos no cuenta con los medios de prueba necesarios para acreditarlo, dígase documentos y otros materiales propios del campo de la medicina, que están en poder del médico o de la institución o por aparecer el fenómeno de referencia y contra referencia.

Por tal motivo, la esfera de la responsabilidad profesional posee la tendencia considerable a la espera y la certeza en materia de relaciones de causalidad. Vale tener en cuenta que el *nexo causal* debe ser el próximo o mediato, es común plantear justificaciones basadas en elementos exonerativos de la culpa, los cuales debieron tomarse en cuenta y prevenirse desde el momento del diagnóstico.

Entonces existen aspectos diferentes a los que tradicionalmente se han manejado en el derecho privado que pretenden entender y estudiar cuáles son esas nociones de causalidad, así como los procedimientos que se utilizan para establecer relaciones causales entre los hechos individuales, más allá del campo legal, e indagar sobre la vinculación que existe entre dichas nociones, definiciones y procedimientos propios del sentido común⁴⁵⁰ y de las ciencias con el derecho. Por tanto, surge la interrogante de que, si existen concepciones y procedimientos fuera del mundo jurídico, ¿el derecho

⁴⁴⁹ Mario Fernando Parra Guzmán, *Carga de la prueba en la responsabilidad médica* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004), 76.

⁴⁵⁰ El conocimiento ordinario y no especializado de las personas, en un significado próximo al que los estudios generales sobre causalidad rotulan en el vocablo inglés *common sense*. Concretamente, vinculaciones causales, de sentido común a aquellas que puede establecer cualquier persona sin conocimientos especializados y en alguna variedad de contextos cotidianos.

está obligado a respetarlos? ¿Debe tomar en cuenta para sus objetivos, al menos, algunas de esas vinculaciones de causalidad de sentido común y no puede considerar como relaciones de causalidad jurídica otras, que no sean tales para ese conocimiento ordinario? ¿O puede en cambio construir directivas jurídicas de vinculación causal entre hechos individuales enteramente propias?

Estas interrogantes permiten reflexionar y plantear que comúnmente aparecen criterios generales de causalidad reglados por vía legislativa cuyo papel es limitado al momento de determinar relaciones causales entre hechos individuales. Por lo que al existir un amplio marco de las teorías de causalidad que son recogidas en las normativas jurídicas, aquellos conceptos de vínculos causales quedan deferidos a posteriores consideraciones y sus diversas posibilidades son en muchos casos igualmente consistentes con los postulados de la teoría general que atribuye la legislación. Por tal motivo, no se trata exclusivamente de examinar las pautas que expresamente recogen las normas al respecto, sino de ampliar el espectro e intentar analizar un grupo de directivas auxiliares que, en los hechos y muchas veces de modo implícito e inadvertido, pueden emplear los jueces y estudiosos para discernir vinculaciones causales en situaciones concretas.⁴⁵¹

2.1. El acto médico y el derecho penal

La adecuada realización de los actos curativos requiere tanto de conocimientos especiales como de un correcto manejo de técnicas específicas; por ello, su ejecución profesional solo se permite a quienes se encuentran autorizados para su práctica.

Este supone que el proceso salud-enfermedad-atención es provisto por un colectivo social que posee un conocimiento máximamente confiable, garantizando, dotado de un proceso de corrección justificado y predecible, que está regulado y protegido por un conjunto de leyes de ejercicio profesional, por sistemas de salud estatales, por colegios profesionales, por límites para el ingreso y la promoción de posiciones laborales, por requisitos académicos como títulos de especialistas y por la asignación de recursos financieros privados o públicos por presupuestos centralizados y una planificación adecuada.

Entonces, así definido el concepto, se deduce que la vigencia del monopolio médico se vincula a la necesidad de asegurar el mantenimiento de cierta homogeneidad

⁴⁵¹ Hugo Acciari, *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 3.

y calidad técnico–científica en la prestación del servicio de salud, lo cual, estando un derecho y una seguridad para los ciudadanos destinatarios de él, como la obligación para el Estado, que debe velar por la observancia de ciertas condiciones mínimas que aseguren una adecuada prestación.

Si el médico en su accionar es cuidadoso y prudente estará respetando al paciente y actuando en su beneficio, pues los riesgos que su actividad tuvo serán los mínimos.⁴⁵²

Esta obligación de actuar con ciencia y prudencia se origina en la función social y especial adiestramiento que posee el profesional de la salud. Por este motivo, aunque sin desentenderse de las circunstancias específicas del caso concreto, el tiempo y el lugar, se extiende a lo largo del transcurso de toda la relación médico-paciente y recae sobre todas las actividades que demande su atención del paciente.

Más allá del deber genérico de no dañar, las exigencias señaladas constituyen derivaciones prácticas del monopolio profesional de los médicos y procura mantener la homogeneidad y calidad técnico científica en la prestación del servicio de salud. Y es por ello que solo se permite su ejercicio a quienes alcancen un determinado estándar de conocimiento científico y habilidad técnica, que debe mantener toda la vida profesional del galeno. Ahora bien, estos extremos se proyectan como pautas de interpretación relevantes en el ámbito de la injerencia del derecho penal.

Aún a nivel típico son de principal importancia dos cuestiones. Por un lado, en consonancia con estos criterios, al legislador le ha interesado que solo estén en la actividad curativa quienes estén habilitados para ello y que, de hecho, lo hagan dentro de las pautas establecidas.

Por otro lado, que este estándar básico profesional circunscrito por las normas legales que regulan la materia y por el contenido de la *lex artis* es el que permite establecer cuál es el concreto deber de cuidado que deberá observar el experto en cada caso en particular.

Estos saberes científicos se denominan *lex artis*, que se forman con el conjunto de disposiciones de orden científico y técnico y aquellas costumbres no escritas que

⁴⁵² No infringe el deber de cuidado y, por consecuencia, actúa atípicamente, todo médico que atenta a la *lex artis*, incluso cuando no logre alcanzar el fin curativo perseguido o cuando el paciente sufre incluso un perjuicio. El cuidado exigible a los médicos reclama de cada uno de ellos que, dentro de sus posibilidades, no desatiendan su formación profesional; el médico que no logra seguir el paso a la ciencia se transforma en definitiva en un asesino. Ningún médico puede cerrarse a nuevas teorías por comodidad, arrogancia o egoísmo. Reinhart Maurach y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible* (Buenos Aires: Astrea Medallo, 1994), 150. Ver Paula Inés Argnani, *Responsabilidad penal del médico-El ejercicio médico profesional* (Buenos Aires: Astrea, 2013), 27.

funcionan como indicadores médicos de la conducta sanitaria que se estima adecuada el caso.

Estos criterios que se materializan a lo largo del tiempo en virtud del avance científico y la práctica médica, en algunos casos no son leyes escritas de obligaciones jurídicas ni tampoco éticas. Sin embargo, tienen enorme importancia en el ámbito legal, porque ellas serán las indicadoras de la conducta concreta que, según él, se estime adecuada a la observancia del deber de cuidado.

Son los criterios que nacen del contenido de la *lex artis* los que complementan las normas jurídicas, posibilitando su tránsito desde la regularización abstracta al caso concreto, integrando la disposición legal general con las reglas específicas aceptadas por la comunidad médica como la práctica correcta.

Al condensar estos indicadores médicos dentro de una norma penal, dotándola de una mayor fuerza y certeza jurídica, dado que estas son pautas orientadoras de la conducta esperada existen establemente con anterioridad al evento concreto y se suponen conocidas por el agente como requisito para poder ejercer la profesión.

2.2. Imputabilidad

Para que concurra responsabilidad-imputabilidad no basta la conducta antijurídica ni la comprobación causa-efecto en el orden físico. Es necesario que el acto generador del daño sea atribuible a una persona determinada en forma concreta y precisa.

Imputar es adjudicar la autoría de uno o más hechos y sus consecuencias a una persona determinada.

Coexiste una visión actual, y diríamos categórica, respecto de la trascendencia cada vez mayor de los derechos del paciente, derechos de estos que abren la vía judicial por medio del Estado; así, en el orden público presiden las relaciones respecto al cuidado de la salud de los integrantes de esta.⁴⁵³

Dentro del mundo médico aparecen actos que están tipificados en el Código Penal e igualmente se ocasionan daños en el desempeño de la actividad que generan la obligación de indemnizar a los sujetos pasivos o perjudicados. Al concurrir estos supuestos, el médico es objeto de proceso legal en igualdad de condiciones que las restantes personas, no se le exime de responsabilidad en virtud de ningún mandato del

⁴⁵³ Norberto Montanelli, *Responsabilidad criminal médica* (Buenos Aires: Edit. García Alonso, 2005), 32.

legislador, es un sujeto común y corriente que desempeña una actividad similar a cualquier otro oficio o profesión.

Si el médico no tiene nada especial que pueda colocarlo en circunstancias diferentes ante la ley con respecto a los demás hombres, tanto él como los otros ciudadanos quedan abarcados bajo el mandato de las leyes y su imperio que se extiende a todos los habitantes del territorio nacional.⁴⁵⁴

El médico en el ejercicio de su profesión puede realizar conductas que están tipificadas en la ley penal, así como causar daños a la integridad de los pacientes originándose consecuentemente responsabilidad civil.

De una misma conducta podrá atribuírsele ambos tipos de responsabilidades. Tanto la culpa penal como civil poseen puntos comunes entre los que están la existencia de un resultado que lesiona un bien jurídico, la presencia de culpa y una relación de causalidad entre dicha conducta y el resultado.

En toda jurisdicción que vincule al médico atribuciones de violación a la norma, el proceso de juzgamiento se rige por las reglas del debido proceso y su resultado final es la condena del infractor siempre que la culpa y el dolo queden debidamente probadas.

2.3. Relación ambigua y problemática

En el ejercicio de la medicina se pueden cometer delitos. Los supuestos pueden ser variados y pueden emerger desde lesiones que se causen en intervenciones quirúrgicas hasta la violación del secreto profesional; igualmente pueden estar presentes las omisiones, como la de formular denuncias, la alteración de historias clínicas e irregularidades en la expedición de recetas de determinados medicamentos, entre otros.

Existen muchos casos en los que puede responsabilizarse a un médico por la comisión de un delito, pero el problema más grande se presenta en el ejercicio concreto del arte de curar.

De allí que se deba partir de la tipicidad, que, además de encontrarse descrita la conducta prohibida, se encuentra también la amenaza de pena mediante una escala que establece mínimos y máximos aplicables a las distintas clases de pena, como reclusión prisión, inhabilitación y multa.

⁴⁵⁴ Alfredo Cardona Hernández, *La responsabilidad médica ante la ley* (Bogotá: Copiyepes, 1980), 333.

De los tipos penales también se deduce la norma prohibida y el bien jurídico que se afecta. La norma marca el disvalor (no debe matar) de acción en tanto que el bien jurídico delimita el disvalor de resultado (vida de las personas).

La tipicidad determina la prohibición de una conducta. Por ello los tipos penales describen de manera diferente las conductas, lo que permite al profesional del derecho diferenciarlas ya sea por la forma en que se desencadena la causalidad o por los fines del autor al ejecutarlas.

Dicha clasificación responde a las diferentes maneras en que se puede causar un daño a un bien jurídico protegido. Se toman en cuenta varias estructuras típicas según la manera en que la conducta objetivamente llega al resultado. Existen delitos que son activos, que resultan ser la mayoría, y también están los omisivos. Según el punto de vista subjetivo y basado en la manera en que el autor ejecuta la acción se clasifican en dolosos y culposos o imprudentes.

En los delitos omisivos, por el contrario, lo que se describe en la norma es la conducta debida, lo que se debía realizar y no se hizo, por lo que se individualiza como prohibida cualquier otra acción realizada en lugar de la debida circunstancia que el orden jurídico manda a realizar. No es que se prohíbe el no hacer, sino el no hacer lo que la ley manda en determinada circunstancia.

En estos tipos de delitos, el resultado se produce porque el sujeto, al no realizar la conducta debida, no evitó el resultado dañoso. Por lo que entre el acto omitido y el resultado existe un vínculo de evitación.

Los tipos culposos individualizan conductas, no por el fin propuesto por el sujeto activo, sino por la falta de cuidado en la programación de los medios para llevar a cabo. Por tal motivo, lo que resulta prohibido es la falta de cuidado en el empleo de medios para llegar al fin propuesto, tomando en cuenta que dicha falta de cuidado es la que determina la causación del resultado. Entre la acción realizada sin el cuidado debido y el resultado existe una relación de determinación que podría dominar al agente.

La responsabilidad penal remite a los presupuestos de imputación, o sea, a la culpabilidad o posibilidad de reprochar una conducta antijurídica, que es contraria a derecho o ilícita, a una persona, lo que le será posible de manera general, a criterio de Cerezo, “si el individuo en este caso el profesional de la salud, en la situación en la que

se encontraba podía actuar de otro modo, de acuerdo a la exigencia de la normativa vigente”.⁴⁵⁵

Observe entonces, como primer factor de irreprochabilidad, si las conductas de los médicos poseen relevancia para el derecho Penal en su capacidad de culpabilidad, o sea, su desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas⁴⁵⁶ permiten que el médico conozca la licitud o ilicitud tanto de las acciones como de las omisiones y, por consiguiente, actuar de acuerdo a su conocimiento; igualmente, debe verificarse que estén presentes los dos elementos de la reprochabilidad: el intelectual, basado en el conocimiento y dominio de que su conducta es contraria a derecho, y el elemento volitivo —la exigibilidad de la obediencia al derecho—. ⁴⁵⁷

Tanto los médicos como el personal sanitario, de forma general, son personas con capacidad de culpabilidad, tomando en cuenta que son adultos, aptos física y psíquicamente, por lo que resultan reprochables los actos que ejecutan para atender a los pacientes, por lo que el sujeto solo actúa culpablemente cuando conoce o puede conocer la ilicitud de su comportamiento.⁴⁵⁸

Acerca del tema capacidad a ser imputado Jescheck y Weigend,⁴⁵⁹ analizan que para el juicio de culpabilidad, se debe tener en cuenta la conducta que se esperaba de la persona en condiciones normales y, adicionalmente, se deben evaluar los valores que son protegidos jurídicamente, entre ellos, la profesión, lo que da lugar a comparaciones y proporciona así el objeto de reprobación que no es otro que el mantenerse al margen de la *actitud interna favorable al derecho y de la fuerza de voluntad que se espera por parte del ciudadano a medida*,⁴⁶⁰ en otras palabras, no habrá conducta reprochable —que merezca una pena—, cuando el autor no ha tenido un margen de decisión o libertad para decidir.⁴⁶¹

En este orden y dirección, para Maurach⁴⁶² la culpabilidad, vista como la infracción voluntaria del deber o culpabilidad, requiere la comprobación de factores

⁴⁵⁵ José Cerezo Mir, *Derecho penal parte general* (Buenos Aires: B de F, 2008), 731.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, 63.

⁴⁵⁷ *Ibíd.*, 835-7.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, 300 y 835.

⁴⁵⁹ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general* (Granada: Comares, 2002), 459-60.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, 263 y 352.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, 459-60.

⁴⁶² Maurach y Zipf, *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho y estructura del hecho punible*, 35.

vinculados con el grado de incumplimiento del deber que se han puesto de manifiesto al cometer la infracción, de forma tal que “mientras más evidente sea el apartamiento del autor respecto del mando normativo, mientras menos se haya el dejado influenciar por la función de determinación de la norma, más serio será el reproche de culpabilidad”.⁴⁶³

En el caso de los profesionales de la salud, nos coloca ante personas que, por su formación, se espera una prolijidad en la información que suministran a sus pacientes, así como en sus actuaciones de praxis para tratar sus dolencias.⁴⁶⁴

Ahora bien, es necesario indicar que, de acuerdo al COIP vigente, en general se le podrá reprochar en lo penal a los profesionales de la salud, cuando se verifique la inobservancia de la reglamentación médica *lex artis*; sin embargo, sus obligaciones deberán girar en torno “en si la inobservancia del deber objetivo del cuidado” (desvalorar la acción-inobservar la disposición reglamentaria), es el que produjo el resultado de las lesiones y la muerte del paciente (desvalor de resultados).⁴⁶⁵ Sobre el tema se señala que no resulta suficiente que:

Exista entre la acción que no responda al cuidado objetivamente debido y el resultado una mera relación de causalidad”, será imprescindible además que “se demuestre, con una probabilidad rayana (cita) en la certidumbre que el resultado se hubiera evitado en caso de observar el deber objetivo de cuidado.”⁴⁶⁶

Zaffaroni al definir la culpabilidad, plantea que la sola existencia del injusto o del conflicto criminalizado, que se subsume en la inobservancia del deber objetivo del cuidado por el profesional del área de la salud, no resulta suficiente para asegurar la existencia de un delito y, en especial, cuando no resulta posible vincular al autor personalmente.⁴⁶⁷

El COIP describe en el art. 146, el homicidio culposo por mala práctica profesional, aquellos supuestos en los que se perfecciona la infracción del deber objetivo de cuidado, señalando que no solo se deberá la mera inobservancia de leyes, reglamentos, manuales o reglas técnicas aplicables a una profesión, sino que, además,

⁴⁶³ *Ibíd.*, 263.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*, 589.

⁴⁶⁵ *Ibíd.*, 353.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*, 490.

⁴⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 650.

se debe comprobar que el resultado dañoso proviene directamente de dicha infracción y no de otras circunstancias independientes o conexas.⁴⁶⁸

Fiscales, jueces y abogados deben tener presente que la responsabilidad penal médica se deberá probar en debida forma legal. Es importante considerar lo siguiente:

- a) Para Jescheck y Weigend: en los hechos imprudentes es siempre necesario llevar a cabo en el marco de la culpabilidad un análisis especial cuyo objetivo es saber tanto si al autor le resulta reprochable la infracción objetiva del deber de cuidado de acuerdo a sus aptitudes personales como si el resultado producido fue previsible para él.⁴⁶⁹
- b) Por su lado, para Welzel las circunstancias de que una conducta contravenga un principio de experiencia o una regla del arte, si está presente de manera clara la señal de culpa, no es la sola prueba hablar de la lesión o infracción al debido cuidado; en consecuencia, este debe abarcar las consideraciones de todas las repercusiones de una acción y que, en adición, sean previsibles mediante un juicio razonable y objetivo.⁴⁷⁰

Por tanto, la culpa en el ámbito penal aparece cuando una persona realiza una determinada acción u omisión sin que esté presente la intención y el elemento volitivo de causar un determinado daño, sin embargo, constituye un ilícito penal cuando existe un incumplimiento de las normas con respecto a deberes relacionados con el cuidado, lo que implica que el infractor dejó de prestar atención, no previó anticipadamente una determinada complicación o un resultado negativo provocado por su actuar y, además, no tomó las medidas y precauciones pertinentes en función del riesgo que podía surgir, lo que hubiera conllevado a una disminución o mitigación de la afectación al bien jurídico protegido.

2.4. Juicio de previsibilidad, evitabilidad de la conducta

La obligación de tener cuidado ante una situación de riesgo implica verificar previamente si el daño ocasionado por determinada actividad era o no previsible. Sin embargo, resulta ilógico exigir a una persona que ponga cuidado respecto a algo que resulte imprevisible para la generalidad de las personas.

⁴⁶⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art.146, núm. 2 y 3.

⁴⁶⁹ Jescheck y Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 305.

⁴⁷⁰ Hans Welzel, *Derecho penal alemán. Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2004) 158 y 160), en *Ibíd.*, 263.

Hace un tiempo atrás, en la década de los ochenta era imposible que los médicos dominaran que el VIH podía contagiarse a alguien a través de una transfusión de sangre, motivo por el que los protocolos existentes no mostraban cuidado al respecto. Cuando se conocen los peligros y el alcance del virus es que se comienzan a tomar medidas para evitar cualquier forma de transmisión del mismo. No obstante, la exigencia de la previsibilidad del resultado es una garantía penal que corresponde al Estado. De allí que, por insólito que resulte, en esa época una sanción penal por negligencia incoada a un establecimiento de salud o a un médico era imputada por el mero acto de causar el daño como tal. Sin embargo, en un sistema de tipo democrático en el que prime el principio de la culpabilidad, la persona solo le corresponde responder por los daños ocasionados individualmente y que, además, fueran previsibles para cualquier persona. Por lo que las consecuencias imprevisibles no generan ninguna responsabilidad penal.

No debe confundirse la previsibilidad con la previsión que tenga la persona que actúa. En efecto, esta última está sujeta a la propia capacidad del sujeto para ser consciente de la situación de riesgo en la que se halle involucrado, y es posible que quien genera un altísimo riesgo no sea capaz de captarlo, es decir, actúe con absoluta inconciencia e irresponsabilidad ante el peligro. Para corroborar la previsibilidad del daño, no es necesario lanzar interrogantes al autor, quien puede mostrar inconciencia ante el hecho, sino al espectador que está fuera del cuadro. Resulta necesario verificar si conforme al juicio de dicha persona es posible prever en determinada situación la ocurrencia de un posible daño. Por lo que será su opinión y no la del sujeto que actúe, la que permitirá determinar la previsibilidad del resultado. Y el ciudadano tiene la obligación de proveer lo mismo que él, por tanto, la previsibilidad podría considerarse, de alguna manera, un deber de prever, deber establecido a partir de lo que prevería un espectador objetivo.

El juicio pronóstico en que se basa la previsibilidad resulta *sui generis* en el ámbito médico. En efecto, un padecimiento y su hipótesis de curación están sujetos a varios factores, porque cualquier pronóstico en la medicina depende del diagnóstico, el que puede resultar acertado o erróneo. Por lo que cabe preguntarse si está presente el deber médico de diagnosticar de manera correcta y acertada todas las enfermedades que se presenten.

En este supuesto, la respuesta desde el plano legal es no. Sin embargo, cualquier daño, irreversible o no, que ocurra motivado por un error de diagnóstico y, por consiguiente, en el tratamiento prescrito se relaciona con la responsabilidad penal.

El acto del diagnóstico de forma independiente no es imputable a una causal de carácter penal, porque solo consta el levantamiento de información; sin embargo, si dicho diagnóstico se le comunica al paciente manifestándole que está en un proceso terminal y ello resulta no ser verdadero y causa afectaciones psicológicas al enfermo ya el resultado en el ámbito jurídico es diferente.

Por su lado, la previsibilidad⁴⁷¹ determina que los hechos dolosos no son solamente delitos o faltas, sino que también lo pueden ser acciones u omisiones imprudentes que son sancionadas por la ley. Cuando existe imprudencia se procede a aplicar el tipo imprudente del delito que corresponda.

Sobre el tema, la teoría personal del injusto se considera que el dolo y la imprudencia son parte del tipo y no de la culpabilidad, por lo que el delito imprudente recibe un tratamiento y una estructura legal distinta a la del delito doloso.

El tipo imprudente tiene como peculiaridad el hecho de la infracción que representa el no guardar el deber cuidado. Por lo que la persona incurre en la infracción del *deber objetivo de cuidado*, que se corresponde con el cuidado exigible a cualquier persona y la determinación de ese deber de cuidado se hace básicamente en función de los criterios de la *previsibilidad objetiva*⁴⁷² del resultado y del riesgo permitido. Se considera que el sujeto activo debía haber previsto e impedido el resultado, que es el deber subjetivo de cuidado, lo que incide en la culpabilidad. El dolo y la imprudencia se diferencian en el elemento subjetivo que es conocer o poder conocer el tipo objetivo.

Existe el acto doloso en un delito cuando el autor actúa con todo el conocimiento o previsión del componente objetivo del tipo. La imputación a título de imprudencia ocurre cuando el autor actuó sin conocimiento o previsión; no obstante, debía preverlo e impedirlo, por ello el elemento cognoscibilidad y posibilidad de evitar son los elementos peculiares de la imprudencia constituyendo un error vencible.

Corresponde apuntar que, para determinar la cognoscibilidad o previsibilidad del resultado que es propio del acto imprudente, se tienen en cuenta las capacidades, los conocimientos y la experticia al momento de ejecutar la acción que continúa distinguiéndose como un tipo subjetivo en el tipo imprudente. Para valorar si el resultado podía preverse y evitarse es importante tener en cuenta las particularidades

⁴⁷¹ DRAE.- Posibilidad de ser conocido.

⁴⁷² Derecho Penal consultado el 8 de abril de 2019 en <https://www.infoderechopenal.es/2013/03/previsibilidad-cognoscibilidad.html>.

individuales del autor configurando la evitabilidad de tipo personal el tipo subjetivo del delito imprudente.

Para analizar la evitabilidad individual debe evaluarse si la conducta del autor se ejecuta en un marco lícito o ilícito cuando de su realización no puede inferirse el conocimiento del resultado que causará con la acción u omisión. Ello implica, que el tipo subjetivo del delito por imprudencia se sustenta en las capacidades, los conocimientos y experiencias personales, lo que permitirá delimitar si para él resultaba cognoscible y si es posible evitarse el acto delictivo. Toda aquella información, datos, situaciones o circunstancias que no estén al alcance del autor no pueden tenerse en cuenta para imputarle determinado riesgo o un resultado al imputado. Ello puede ocurrir en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el proceso causal es muy complicado y va más allá de los conocimientos que debe tener la persona, ejemplo de ello es el resultado que puede estar presente al variar el genotipo en el delito de manipulación genética, en el que se pueden presentar complicaciones relacionadas con la biología molecular cuyas especificidades la persona no entendería y no podrá imputársele la imprudencia dentro de delito.
- b) Igualmente, en aspectos relacionados con la constitución atípica de la víctima. En este caso, si el daño ocurre producto de dicha constitución irregular o a una determinada enfermedad que padezca la víctima, por ejemplo, hemofilia, asma, sensibilidad a los narcóticos, alergias a determinados medicamentos, y alguna intervención le causa la muerte por esos motivos, resultaría improcedente imputarle el resultado al médico si la persona no lo comunicó resultándole al galeno desconocidas estas particularidades especiales del paciente, cuando, además, no tenía ningún indicio para sospechar de dicha condición.

El deber de evitar el resultado puede ante una determinada necesidad, inobservar normas, lo que resultaría muy semejante a un estado de necesidad. En este caso, deben tenerse en cuenta los conocimientos y capacidades del autor para poder afirmar la imputación objetiva o la peligrosidad de la conducta no permitida. Debe distinguirse entre la capacidad para prevenir el resultado, que pertenece al tipo, y la capacidad para orientar su conducta conforme a lo que sería la conducta debida, que es ya un problema de capacidad de culpabilidad o de exigibilidad.

Corresponde entonces decir que la experiencia, diligencia y pericia de un médico imputado en un proceso penal por causar una lesión en el desempeño de su actividad debe juzgarse en virtud de la *lex artis*.

Puede ocurrir que en la práctica se obre de forma contraria a la *lex artis ad hoc*; en este supuesto el galeno debe ajustarse a ella para ser exonerado de responsabilidad. En caso de coincidencia entre lo advertido por la ciencia médica y la práctica cuando el galeno plantea que su actuación se basa en lo que hacen los restantes profesionales de la medicina, está mal hecho por todos.

Teniendo en cuenta que cuando la práctica no coincida con la *lex artis* no existe causal exculpatoria solo por el hecho de haber obrado como de manera común máxime cuando dicha actuación no es compatible con la ciencia médica.

De igual manera existe un obrar negligente cuando, por ejemplo, una persona es sometida a una intervención quirúrgica sin un chequeo previo de su coagulación, hemoglobina o chequeo de anestesia.⁴⁷³ En dichos casos, entre otros, el médico actúa sin cumplir la *lex artis*, por lo que puede incurrir en responsabilidad penal en caso de ocasionar un daño a la vida, la integridad o la salud del paciente ya que no podrá alegar como causal de justificación el legítimo ejercicio de una actividad ilícita.⁴⁷⁴

2.5. Interacciones y sinergias: Antijuridicidad y culpabilidad

Como se ha visto lo antijurídico resulta contrario a la ley, por lo que la relación entre ello y la culpabilidad se basa en procesos coyunturales. Debe decirse que son excluyentes de la culpabilidad el error, la ignorancia, el caso fortuito y la fuerza mayor.

El error, para Reyes,⁴⁷⁵ es un desequilibrio entre lo que existe en la conciencia y el mundo exterior; es una valoración desacertada de la realidad. Se considera el error como algo que el ser humano cree conocer, considerando verdadero lo que es falso.⁴⁷⁶

La doctrina penal del mundo occidental clasifica el error en:

- a) Error de hecho: definido como la equivocación que se relaciona con las conductas tipificadas en la norma penal sobre una particularidad del sujeto pasivo o sobre el objeto material.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Vázquez Ferreira, “La culpa médica y su prueba”.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, 218.

⁴⁷⁵ Alfonso Reyes Echandía, *Derecho penal* (Bogotá: Temis, 1990), 274.

⁴⁷⁶ Enrique Pessina, *Elementos de derecho penal* (Madrid: Reus, 1936), 336.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, 226.

- b) Error de derecho: definido como la equivocación relativa a la existencia misma del dispositivo legal que describe una conducta como ilícita *ignorantia iuris* o sobre lo referente a su interpretación.⁴⁷⁸

Dicha clasificación está basada en la ignorancia de la ley por parte del agente, por lo cual constituye una salvedad a la presunción recogida por los marcos legales occidentales que regulan que la ignorancia de la normativa no constituye excusa alguna puesto que se presume conocida; tal como resulta común manifestarse, el desconocimiento de la ley no exime su cumplimiento.

Por otro lado, está el error sobre el tipo relacionado con el error de prohibición o el error relativo a la antijuridicidad. Este se refiere a equivocaciones que afectan la tipicidad y se sustenta en las siguientes hipótesis:

- a) El error sobre la existencia misma del tipo incriminador: es la clásica *ignorantia legis*, y
- b) El error sobre uno cualquiera de los elementos del tipo: sujetos, objetos y conducta.⁴⁷⁹

El error sobre el tipo se considera una causa de inculpabilidad que incluye dos modalidades: el error sobre la existencia del delito —*ignorantia iuris*— y el error sobre los elementos que lo componen.⁴⁸⁰ Para Romero, el error sobre el tipo es mucho más amplio que el error de hecho [...] ya que en el tipo no solo se recogen elementos descriptivos del hecho, sino también subjetivos y normativos [...].⁴⁸¹

El agente desconoce, ignora o erra sobre un elemento del tipo penal; el error sobre el tipo puede ser vencible o invencible; este error es aquel que puede ser superado por el agente. A contrario *sensu*, el error invencible es aquel insuperable.

Existe además el error sobre la antijuridicidad, el cual se relaciona con la ilicitud de la conducta, en el que la persona la considera erróneamente lícita. Dentro de este error están las siguientes clases:

- a) El error sobre la existencia de una causal de justificación,
- b) El error sobre la interpretación de un requisito exigido para la configuración de una causal de justificación, y

⁴⁷⁸ *Ibíd.*

⁴⁷⁹ *Ibíd.*

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, 21.

⁴⁸¹ Luis Romero Soto, *Derecho penal, Parte general* (Bogotá: Temis, 1969), 218.

- c) El error sobre la presencia de un hecho que, de existir en el caso concreto, justificaría la conducta.⁴⁸²

Al respecto, Romero rubrica que el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad y pertenece a la esfera de la culpabilidad. Este error de prohibición puede revestir tres formas: desconocimiento general del mandato normativo, error sobre una causal de justificación que hace lícita su conducta y una falsa suposición de la no exigibilidad de una conducta adecuada a la norma.

El error médico en el desempeño de la actividad, conociendo de antemano que la equivocación es el conocimiento erróneo de algo, lo que permite analizar la relevancia jurídico-penal de los errores en el ejercicio de medicina.

Sobre un asunto puramente profesional (como un error de diagnóstico, un error terapéutico, un error en la técnica empleada, etc.), o si ese error del médico versó sobre un asunto puramente legal: Si lo primero, estaremos en el terreno de la *lex artis*, que podrá comportar, en el evento su trasgresión, desacato o desconocimiento, un obrar culposo para el médico; si lo segundo, y en tanto se reúnan las condiciones y requisitos al efecto, podemos estar en la presencia de una causal de inculpabilidad, exculpante de la responsabilidad penal del médico...⁴⁸³

El error médico nace de la propia profesión, por tanto, para que el profesional de la salud no sea imputable se exige que el error sea proveniente de un área que no esté lo suficientemente desarrollada e investigada en el campo médico. El error puede tener origen en una disposición legal, caso en el cual se examinará la actuación médica y las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de determinar si hay lugar a imputar responsabilidad penal al médico.

Maticemos el elemento *ignorancia*, que es un estado de carácter intelectual que involucra la carencia de conocimientos sobre algo, por lo que aquella persona que ignora no posee dominio ni conocimientos del hecho. En el contexto jurídico la ignorancia genera error y como los efectos jurídicos que se derivan de este pueden ser de diferentes tipos, sin embargo, el campo penal los asimila.⁴⁸⁴

La misma norma penal recoge la existencia de excepciones relacionadas con el conocimiento de la ley. Habrá aquellas que encuadran dentro de la ignorancia, esto es, aquellos casos de desconocimiento de la ley, admitidos como válidos por la misma ley de cara a la exculpación de la conducta.⁴⁸⁵

⁴⁸² *Ibíd.*, 226.

⁴⁸³ Molina Arrubla, *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica*, 291.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, 226.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, 234.

Son eximentes de la responsabilidad, entre ellas, el caso fortuito o fuerza mayor. Cavallo define a la fuerza mayor en estos términos:

Una energía externa, natural o subhumana, mayor que la energía física que el agente puede oponer para resistirla y que lo arrastra como instrumento, hacia la ejecución de un hecho del cual ella es la verdadera causa...⁴⁸⁶

Esta figura se materializa cuando la persona realiza una acción produciéndose un resultado que no era posible prever, o que, de serlo, era inevitable,⁴⁸⁷ estamos frente a un caso fortuito. En materia penal, caso fortuito y fuerza mayor son tratados jurídicamente como equivalentes en sus alcances y en sus efectos.⁴⁸⁸

Es posible definir entonces el caso fortuito o fuerza mayor como aquel acontecimiento que puede ser interno o externo y resulta imposible de impedir aun en el caso de que sea previsible. Estamos ante lo fortuito, no solo cuando el hecho era imprevisible, sino también cuando, a pesar de ser previsible, no podía evitarse ni siquiera con diligencia máxima.⁴⁸⁹

En ese sentido, el COIP en el núm. 2 del art. 422, señala que deberán denunciar quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley, en especial, los profesionales de la salud de establecimientos públicos o privados, que conozcan de la comisión de un presunto delito; y en caso de no hacerlo incurrirán en el delito contemplado en el artículo 276 de la misma norma que reprime con una pena privativa de libertad de dos a seis meses al profesional o al auxiliar en medicina u otras ramas relacionadas con la salud que omita denunciar un hecho relacionado a la atención de una persona en los casos como: con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, con signos de haber sufrido violaciones a la integridad sexual y reproductiva o con signos de muerte violenta. Esta última debe ser entendida como el fallecimiento que no se corresponde a razones patológicas o a una enfermedad concreta; de ahí que a asocie a eventos accidentales, suicidas u homicidas, en otras palabras, a aquella muerte no provocada por causas naturales.

El deber de informar y no actuar sin consentimiento es quizá la mayor cantidad de responsabilidades que se establecen en contra de los profesionales de salud, deriven de la falta de información clara y completa al paciente sobre las consecuencias posibles

⁴⁸⁶ Anna Cavallo, *L'esercizio del diritto penale. Napoli*, (Bogotá: Editorial Temis. 1965), 421.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, 226.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*

⁴⁸⁹ *Ibíd.*

de un determinado acto médico, ya sea respecto a los riesgos propios de cada procedimiento y hasta de las demás alternativas que podrían emplearse para tratar su patología, contemplando para esto las limitaciones que el lugar o los medios podrían traer consigo.

La única excepción del deber de informar, según el art. 5 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, es por motivos obvios y se relaciona con situaciones de emergencia. Tan solo después de que se suministre la información necesaria y precisa al paciente, es que este último puede tomar una decisión y otorgar el consentimiento al profesional para que le administre el tratamiento adecuado. No debe olvidarse que la ley también prescribe como derechos de los pacientes, el poder elegir si acepta o declina del tratamiento propuesto por el profesional sanitario, circunstancias ambas en las cuales el servicio de salud deberá informarle de las consecuencias de su decisión.⁴⁹⁰

Los médicos deben tener en cuenta que, si no existe un consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de su intervención, estos no han sido debidamente asumidos y aceptados y es esta omisión culposa la que sirve para fundamentar que el médico asume por sí solo los riesgos del procedimiento en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible.

Criterios de los tribunales extranjeros indican que, “aun existiendo falta de información” al paciente, en cualquier caso, resultará absolutamente necesaria la “prueba del nexo causal del daño” vinculado a la omisión o intervención del médico para la procedencia de una reclamación o denuncia en su contra, dado que, en ocasiones, el médico debe proceder de forma inmediata. Lo dicho corresponde a lo que se conoce como riesgos atípicos, por imprevisibles o infrecuentes, los que ineludiblemente deben ser enfrentados por el profesional de la salud a través de un correcto tratamiento sanitario y su conducta diligente y oportuna.⁴⁹¹

2.5.1. Error médico. Presupuesto de la responsabilidad y sus excepciones

Las infracciones penales médicas son parte del campo culposo. Son casos muy aislados los médicos que intencionalmente causan daños a sus pacientes. Sin embargo, en muchos casos está presente la negligencia, que puede afectar la integridad de la

⁴⁹⁰ Ecuador, *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*, Registro Oficial Suplemento 626, 3 de febrero de 1995, arts. 5 y 6.

⁴⁹¹ Bello Janeiro, *La responsabilidad médica*, 74-90.

persona y hasta causar su fallecimiento; por ello, es de considerar pautas jurídicas claras que permitan al Juez evaluar cada caso y tomar la decisión judicial ajustada a derecho.

El primer elemento a tener en cuenta durante el proceso es la naturaleza humana del médico y que en toda profesión existe un determinado margen de error, a pesar de que en el contexto médico es altamente riesgoso por el bien que se protege que es justamente la salud, la vida.

El segundo elemento se relaciona con la titulación o especialización del galeno, su experiencia y habilidades demostradas, así como otros aspectos de orden profesional que puedan incidir en el proceso.

El tercero está relacionado con los recursos que el galeno tenga a su alcance y el espacio donde se encuentre, no debe medirse de igual manera a un médico que desempeñe su actividad en un centro médico que goce de todos los beneficios tecnológicos a quien labore en una comunidad rural de difícil acceso y recursos mínimos.

Un cuarto elemento relacionado con los resultados provocados por el error o mala praxis, es decir, si se ha causado una lesión o el fallecimiento de la persona.

Estos elementos quedan sujetos a ser tomados en cuenta dado que en la naturaleza coexisten paradigmas físicos y biológicos, el físico aquel predecible, sujeto a leyes matemáticas y el biológico que es variable, adaptativo y relacionado, la medicina y su práctica está inmersa en el paradigma biológico.

Ocurre que en la práctica médica cada paciente es un nuevo universo, inédito e irrepetible, que inmediatamente genera incertidumbre, dada su propia y exclusiva naturaleza de ahí que se requiere de la competencia del médico a través de todos sus conocimientos y experiencias, estos requerimientos se refieren a procurar una comunicación abierta con el paciente y sus delegados; lo que pone en juego la iniciativa y creatividad del médico rompiendo viejos paradigmas y redefiniendo criterios, para tomar decisiones especialmente en circunstancias críticas e imprevista, exponiéndose con ello al error médico.

Menciones que, es imposible estandarizar a los pacientes dada su enorme variabilidad, se trata pues de tratar a enfermos y no a enfermedades. Otro elemento imposible de no tomarse en consideración es que, en función de innumerables factores, entre otro el desconocimiento y la falta de control de múltiples variables que intervienen en la práctica médica y la falta de su estandarización de los fenómenos biológicos, hacen

que la actividad no tenga límites ni fronteras preestablecidas por tanto las reglas y normas de la misma forma carecen de contundencia y exactitud.

La falta de control de las premisas para la toma de decisiones puede conducirnos a diagnósticos equivocados y/o a tratamientos poco efectivos o a un evento adverso, de ahí que la infalibilidad en el acto médico es absolutamente vulnerable.

Finalmente, el resultado de las decisiones es probabilística, una buena decisión no siempre conducirá a un buen resultado de la misma manera que una mala decisión no siempre es perjudicial.

Conocidos son por ejemplo los errores de apreciación en la valoración de la prueba, atribuida a jueces, abogados y en suma a personas que se encuentran inmersas en el mundo del derecho, otro tipo de errores como el de la planificación económica que perjudican y afectan a toda una población, así no puede entonces el error médico estar fuera de esta materialización a pesar de que el acto se lo fragüe sin la intención evidente de cometerlo.

2.6. El riesgo

En la doctrina penal, la definición de riesgo se relaciona directamente a la teoría de la “imputación objetiva”, constituyendo esta un sostén fundamental del esquema de imputación. Tal como plantea Roxin: “un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado”.⁴⁹²

La idea de riesgo resulta fundamental, no solo como cualidad de la acción, o sea, en el sentido de la acción que resulta riesgosa, sino como efecto de dicha actuación. Vinculado con lo antes dicho está el injusto objetivo, por lo que es necesario que la acción que se realice cree determinado riesgo y que pueda dar lugar a un resultado típico y que dicho riesgo no deba ser permitido.

El carácter no permitido del riesgo tiene que ser determinado de forma objetiva, o sea, sin tener en cuenta circunstancias particulares del autor y tomando en consideración que el juicio de imputación objetiva está comprometido con un receptor

⁴⁹² Roxin (1997), 363. Asimismo, Roxin indica que el otro principio fundamental de imputación objetiva consiste en una excepción: “Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable [...] Pero, no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros” (364). Este criterio atiende a la problemática de fin de protección de la norma.

promedio, quien posee capacidades y conocimientos igualmente promedios. Por lo que la permisión del riesgo no debe estar sujeta a la forma en la que el sujeto llevo a cabo la conducta riesgosa atendiendo a que deben excluirse sus conocimientos y capacidades, en cuyo caso su determinación como riesgo permitido debe ser de carácter general.

De manera que la idea de riesgo permitido resulta independiente al hecho específico que se evalúa, por lo que cualquier peculiaridad específica es irrelevante; lo fundamental es el tipo de conducta que se realiza. Podría aseverarse que el riesgo permitido no lo define la realización de una acción por parte de un sujeto, sino que se vincula con la ejecución de una clase de acción.

La relevancia que la teoría analizada atribuye a la definición de riesgo permitido al excluir la posibilidad de reconocimiento de un injusto objetivo da lugar a una pregunta relacionada con la justificación de la permisión de ese riesgo. En este caso, existe un consenso basado en que esa permisión se sustenta en una atención y evaluación de intereses, en el que los beneficios generales derivados de la realización de una actividad específica generan un permiso al riesgo de resultado lesivo que puede ocurrir por las características y la naturaleza de dicha actividad.

Con respecto a la responsabilidad médica, se resume y concentra en haber creado un peligro o riesgo desaprobado por las normas del país.⁴⁹³ Ante dicha situación, debe determinarse que toda actividad que realicen las personas tiene implícito un riesgo en sí mismas; de ahí que si estuviéramos ante la prohibición de *toda* puesta en peligro de bienes, simple y llanamente impediríamos la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo, por obvios motivos, las actividades del área de la salud. Por lo dicho, es necesario decir que el denominado riesgo permitido no es que elimine el peligro en sí mismo, sino que hace tolerable determinadas molestias, en ciertas y determinadas condiciones.⁴⁹⁴

El riesgo permitido o tolerado que se relacione no solo a una persona sino a varias, en este supuesto están los grupos médicos que participan en intervenciones quirúrgicas debe estudiarse relacionado con el principio de confianza, por el que se permite que entre todos los integrantes se distribuyan las tareas; ejemplo de ello es cuando él paciente deposite toda la confianza en su equipo y cuente con la certeza de

⁴⁹³ *Ibíd.*, 262, 355.

⁴⁹⁴ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal* (Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1997), 28.

que no defraudarán sus expectativas y, por tanto, generan un riesgo desaprobado que, de crearlo, les originará a ellos su responsabilidad individual.

Debe plantearse que, en el ámbito de la cirugía, no es solo el médico el responsable, sino también el grupo en el que cada sujeto especialista debe jugar su papel según sus funciones concretas en caso de inobservar los procedimientos propios de la actividad que debe desempeñar y, en consecuencia, generar un riesgo que en este supuesto no es tolerado y que puede dar lugar a la sanción correspondiente.

En el contexto nacional, analizando el núm. 2 del art. 146 del COIP,⁴⁹⁵ se considera que el *riesgo permitido* concedido a los profesionales se sustenta en el cumplimiento de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis*, que resultan aplicables a la profesión; por lo que inobservar la *lex artis* médica implica un riesgo desaprobado, o sea, el hecho de causar una lesión o la muerte del paciente trae consigo la responsabilidad penal, toda vez que se viola el deber objetivo de cuidado cuando se ha creado o colocado en peligro no permitido ni tolerado a un paciente; por ello, debe documentarse e informar oportunamente a este de los riesgos que trae consigo tanto el tratamiento como el procedimiento a emplear para tratar su padecimiento, los que deben ser parte de la práctica médica.

Igualmente, la insuficiencia de criterios ha dado lugar a la búsqueda de explicaciones encaminadas a justificar la relación de determinado hecho con un sujeto, ello se sustenta en la llamada teoría de la imputación que posee como peculiaridad común el recurrir a varias opiniones valorativas que son independientes de los juicios de causalidad para atribuir los resultados dañosos.⁴⁹⁶

La mencionada teoría, según Hegel,⁴⁹⁷ se soporta en que solo puede imputarse lo realizado por el ser humano en la medida en que lo ocurrido se relacione con su voluntad; por ello, no cualquier cambio que ocurra en la realidad significa que se tenga la acción como propia, sino que lo es y, por ende, se lo reconoce como autor, en tanto esté precedido de la intención de producirlo.

Se debe señalar que se considera que el aporte realizado por Hegel en este tema se basa fundamentalmente en la introducción de la reflexión relacionada con la

⁴⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art.146, num. 2.

⁴⁹⁶ Luis Guillermo Serrano Escobar, *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2012), 165.

⁴⁹⁷ Cfr. G. F. Hegel, *Filosofía del derecho*, trad. A. Mendoza (Ciudad de México: Ediciones Casa Juan Pablo, Tercera reimpresión, 2004), 118.

extensión de la imputación por aquellos actos realizados por los hombres, al argumentar primeramente y de forma general, que no se responde de todo lo ocurrido, sino de aquellos resultados deseados y conocidos por el agente, ya de manera subsidiaria o referida al campo de la responsabilidad civil, que se responde de perjuicios que uno no causa, pero que lo han sido por cosas que nos pertenecen, y sobre las cuales ejercemos dominio, extendiendo así el predicado de lo mío al hecho de las cosas de las que ejercemos control, cuya aportación consiste en que por primera vez se teorizaba sobre el tema, y dogmáticamente se rompía la responsabilidad vinculada a la participación causal, y emergía en su lugar el concepto de imputación como elemento delimitante de la extensión de las consecuencias de la acción.

En el ámbito de los delitos imprudentes rige la norma de cuidado que impone la obligación de observar la prudencia necesaria para no causar los daños que específicamente contempla la ley penal.

Y, cuando en ese contexto se parte del criterio de la generación de riesgos que provocan esos resultados, la inobservancia del aludido deber de cuidado, puede concretarse mediante la creación de un riesgo no permitido en una situación en la que el bien jurídico no se encontraba expuesto al peligro que genera esa conducta, o mediante el incremento sobre determinado umbral de tolerancia de un riesgo ya existente, por una acción o una omisión.

Es importante tener en cuenta esta diferenciación fáctica, porque ella cobra relevancia a los fines de imputación de resultados. Sin embargo, en el ámbito de la imputación de conductas, también es útil para poder identificar los supuestos de riesgo permitido y los casos en los que la imputación debe decaer por configurar un supuesto de disminución de riesgo.⁴⁹⁸

Señala Roxin que en la determinación de lo que ha de considerarse creación de un peligro no permitido, se puede y se debe tener en cuenta todo lo que la jurisprudencia y la doctrina científica han ido precisando para la constatación de la infracción del deber de cuidado.⁴⁹⁹

Por ello, según este autor, la delimitación del riesgo, permitido está dada, en primer lugar, por la regulación legal; luego, por las reglas no jurídicas; después, por el principio de confianza, la medida del hombre prudente y diligente —la figura baremo

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, 179.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, 180.

diferenciada—;⁵⁰⁰ por el deber de informarse y la omisión de actuar y, por último, por la ponderación de la utilidad y el riesgo.

2.7. Deber objetivo de cuidado

Para referirnos al deber de cuidado tomemos en cuenta que existen dos criterios doctrinales:

- a) Uno basada en que solo puede configurarse con carácter objetivo, o sea, que es igual para todas las personas, separadamente de la capacidad o habilidad que esta posee para actuar ante una situación de riesgo.
- b) Otro sustentado en que el deber de cuidado es personal y exige a todos sin distinción la evitabilidad del daño siempre que sea posible, de conformidad con las características personales, lo que obliga a tomar en cuenta la capacidad o habilidad del sujeto para poder determinar claramente cuál era el cuidado debido. Existe una polémica relacionada con la particularidad agravada de negligencia, que resulta aplicable a los profesionales de la salud y que es conocida como imprudencia profesional. Ello afecta de manera directa a la consistencia de la imprudencia, la que se manifiesta con un alto grado de reproche hacia el profesional que descuida las reglas de su profesión y cuya pericia se reconoce en su título académico y, en consecuencia, genera confianza y seguridad para las personas, en este caso para los pacientes y familiares que se ven afectados por la impericia del sujeto.

En ese sentido, el art. 27 del COIP⁵⁰¹ establece la culpa y define que actúa impericia ella aquella persona que viola el deber objetivo de cuidado que le corresponde causando un daño y que dicha conducta resulta punible cuando está debidamente tipificada en la norma penal.

Por otro lado, el art. 146 del mismo COIP, no establece una definición específica sobre deber objetivo de cuidado,⁵⁰² puesto que lo reconoce desde una posición negativa,

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, 375.

⁵⁰¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art. 27.

⁵⁰² [...] Dentro de la teoría de los roles Günther Jakobs, desarrollamos criterios para establecer patrones objetivos que puedan funcionar como indicadores normativos de la conducta de vida en el caso concreto. Sin embargo, todavía resta analizar los pormenores del juicio de tipicidad en el contexto del delito imprudente, los casos - la determinación de que una conducta es culposa depende de parámetros que la ley solamente enuncia, debiendo buscar el intérprete cuál es la materia de prohibición [...] todo conduce a la apreciación decir la conducta realizada se apartó del baremo ideal de cuidado requerido para que la vida comunitaria se desarrolle en armonía [...] pues para determinar que sea causado la muerte de un hombre por imprudencia [...] es preciso encontrar la frontera entre su actuación prudente y una

es decir, describe los supuestos en que puede incurrir cualquier profesional al inobservar e infringir las reglas propias en el desempeño de su actividad. El artículo en los núms. 2 y 3 preceptúa:

2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso [la lesión o la muerte] debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.⁵⁰³

El numeral primero del artículo analizado del COIP, prevé que no existe infracción al deber de cuidado de los profesionales partiendo de que la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo del cuidado,⁵⁰⁴ lo que implica que no toda lesión o fallecimiento puede ni debe ser considerada una mala praxis en el orden profesional, tomando en cuenta que el numeral 3 antes citado, consagra que la infracción que causa el daño debe estar motivada por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas como, por ejemplo, en el caso de los tratamientos que causen determinadas reacciones adversas, que no guardan relación alguna con la *lex artis*.

Ahora, el núm. 4 del art. 146 señala que se debe particularizar en cada asunto la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas que concurrieron en el caso, así como la previsibilidad y evitabilidad del hecho, lo que obliga a una correcta aplicación de la *lex artis*.

De ahí que, la responsabilidad penal médica, se limita estrictamente a aquellas conductas que realiza el personal de la salud y cuya finalidad no está dirigida a curar o aliviar padecimientos o, teniendo tal finalidad, no logren ese objetivo, puesto que vulneran las normas de cuidado o reglas de conducta exigidas atendiendo a la naturaleza de la prestación, las condiciones y circunstancias propias del caso.⁵⁰⁵

imprudente, lo que requiere acudir a parámetros que no están suministrados por el mismo texto de la ley. A estos defectos, en una ilustrativa síntesis, se sostuvo que la configuración de tal tipo penal exige a su actor haber infringido un determinado deber objetivo de cuidado que el ordenamiento jurídico impone a su cargo, debiendo verificarse el resultado previsto por la norma como consecuencia directa de tal accionar. En otras palabras, el autor debe haber creado un peligro jurídicamente desaprobado y el resultado causado debe ser la realización de ese peligro. Ahora bien, la problemática en torno a la definición de la conducta prohibida en los delitos de culpa radica en que se trata de tipos penales abiertos, es decir, reproches donde la conducta prohibida no se encuentra acabadamente definida por la norma penal, debiendo ser cerrada por otra u otras del ordenamiento jurídico. Argnani. *Responsabilidad penal del médico*, 90.

⁵⁰³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014, art.146, núms. 2 y 3.

⁵⁰⁴ *Ibíd.*, art. 146, núm. 1.

⁵⁰⁵ Pedro Montano, *Responsabilidad penal de los médicos* (Montevideo: Ediciones Jurídicas Amelio Fernández, 1986), 26.

Apartado especial merecen los galenos que se dedican a realizar cirugías estéticas o reparadoras, pudiendo expedir dictámenes y brindar asesoría los pacientes o consultantes, como parte del desempeño de su profesión. Ellos deben cumplir con el deber objetivo de cuidado, basado en los deberes y obligaciones de los médicos que laboran en el área de la salud:

- a) Deber de brindar información detallada y no actuar sin el consentimiento del paciente, el que debe contar con la firma del tratante y manifestar la total comprensión por parte del paciente sobre el procedimiento y las posibles consecuencias;
- b) Aconsejar, diagnosticar y dar asistencia al paciente;
- c) Guardar el secreto médico;
- d) Deber de actuar en caso de urgencias que estén bajo su responsabilidad o deber genérico de asistencia;
- e) Deber de terminar el tratamiento;
- f) Deber de derivar de manera oportuna al paciente;
- g) Deber de garantizar la cooperación del enfermo;
- h) Deber de actualización científica;
- i) Realizar interconsultas;
- j) Documentar sus acciones; y
- k) Contar con un lugar que cumpla las condiciones adecuadas para la atención de sus pacientes.

De acuerdo a lo detallado todo lo aquí contenido gira en torno a la idea de que no existe un deber de cuidado general, de allí que sea indispensable que sea cual fuere la autoridad que deba investigar, acusar y juzgar la actuación de los profesionales de la salud, delimite cual es el deber de cuidado que debería observar, no solo el galeno, sino todo el equipo de la salud ante una situación tiempo-espacial concreta en el caso de cada uno de sus pacientes; dicho de otro modo, *el deber objetivo de cuidado no es universal, sino que nace ante un evento y persona específicos y siempre y cuando el profesional haya generado un riesgo más allá del permitido.*⁵⁰⁶ Será el juzgador, el fiscal o la autoridad administrativa en cada situación puntual, el que defina objetiva y razonablemente en que consiste la violación al deber de cuidado.

⁵⁰⁶ *Ibíd.*, 81.

Con respecto a este fin, Bacigalupo y Martínez Pereda Rodríguez⁵⁰⁷ consideran que no se le reprocha al galeno el haber omitido el deber objetivo de cuidado, sino el haber creado un peligro que no se encuentra amparado por las normas del país y que, por tanto, propicia la creación de una conducta delictiva que consta en el Código Penal mismo, que parte del supuesto precisamente de la infracción de normativas cuyo propósito es el evitar un resultado dañoso (lesiones o la muerte).⁵⁰⁸

Necesario entonces, analizar dentro del contexto de la responsabilidad penal la figura del error médico cuando le causa una afectación al paciente; en el orden legal, deben determinarse y circunscribirse la eventual atribución de las competencias que emanan de la responsabilidad penal.⁵⁰⁹ A pesar de que el profesional de la medicina cuida de la salud, no se descarta la posibilidad de que exista un error de tipo inevitable, por lo que es necesario definir su comportamiento ante el hecho y si empleó todos los medios que tenía a su alcance.

Desde la óptica de la imputación normativa, comúnmente se adjudica al galeno una posición de protección del paciente que nace de la relación con este, a través de la cual se realiza el tratamiento médico correspondiente. La responsabilidad del médico está sujeta a determinados requisitos de dicha profesión. Por lo que el médico jefe es el responsable de la actuación correcta por parte del grupo que dirige, así como de que exista una adecuada separación de roles en beneficio y no en un peligro y perjuicio del paciente. Lo antes expuesto se ilustra a continuación:

El médico cirujano tenía el dominio del acto y en su *team* (equipo) quirúrgico lo tenía al anestesiólogo, la cirugía de alto riesgo empezó y el problema surge a raíz de que no se le traslada a la paciente a la clínica de forma inmediata, por esto el doctor es acusado de omisión y violándose el artículo 12 del Código Penal, comenzó la operación, sin contar con todos los requisitos y elementos necesarios para este tipo de riesgo. Otro acto negligente se suscita cuando piden una ambulancia no acorde a las necesidades de la emergencia y llega una ambulancia que no reunía los requisitos mínimos, tanto en equipo instrumental, como personal especializado, violándose expresas normas legales entre ellas la Ley Orgánica de la Salud, así como el Código de ética Médica, por cuanto el artículo 6 habla de derechos y deberes de los médicos, indica que cuando el médico atiende a un enfermo, se hace responsable de todos los cuidados necesarios para que el paciente recupere su salud.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Enrique Bacigalupo, *Manual del derecho penal parte general* (Bogotá: Temis, 1998), 213.

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, 264.

⁵⁰⁹ Argnani, *Responsabilidad penal del médico-El ejercicio médico profesional*, 63.

⁵¹⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia Ecuador Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Proceso Penal 065-2014, 23 de junio de 2015.

Si se produce como resultado la muerte de una persona, la cuestión es determinar si las infracciones al deber objetivo de cuidado en las que habría incurrido por su calidad de garante respecto de su paciente se encuentran unidas por un nexo de evitación con el resultado finalmente acontecido. Es necesario establecer si las omisiones observadas en su actuación profesional, atenta al rol que desempeñaba, provocaron el desenlace fatal si la violación de su deber objetivo de cuidado fue no haber desplegado actividades que le eran exigibles a su rol para resguardar debidamente la salud y vida de la paciente. Tampoco contradice la calificación de delegación del seguimiento de la evolución del paciente luego de la intervención, ya que dicha delegación le estaba vedada en virtud de su posición de garante de la situación en que ubicó al paciente.

La omisión de cuidado imputable al profesional, que se exhibía como garante inmediato de la *lex artis*, constituye la conducta que habría podido de manera probable o posible evitar el peligro de descompensación y muerte del paciente en un marco de avance de su dolencia sin arbitrar a tiempo tratamiento alguno.

Si bien las conductas intimadas son objetivamente atribuibles a los encausados, resta determinar si ellas lo son a título de reproche jurídico penalmente relevante por el quebrantamiento del rol de garantes de los imputados frente al paciente, mediante la creación o el aumento de un riesgo no permitido. Al médico, por su sola calidad de profesional, no le obliga ninguna posición de garante respecto del paciente, excepto la que contraiga en cada caso expresa y voluntariamente. No es menos cierto que esta asunción selectiva del deber de tutela no rige para el caso del médico a cargo de la guardia de urgencias, el cual asume la calidad de custodio obligado de la salud de todas las personas enfermas que ingresen.

A la luz de estos conceptos, hagamos una somera reseña de la teoría que propone Jakobs; él afirma que la teoría se enmarca en la tesis general que plantea, partiendo de una concepción sistemática de la sociedad, a la que considera como una organización de riesgos con determinadas expectativas por parte de sus integrantes. En virtud de ellas, la interacción se estructura basada en la confianza de que cada individuo organiza su ámbito social de manera tal para poder cumplir correctamente con su rol básico de cuidado, primero, y luego con lo que implique su actividad o profesión.⁵¹¹

Y, más allá de la desgracia y los riesgos propios inherentes a la sociedad tecnológica es la que vivimos —que se consideran inevitables o esenciales al desarrollo

⁵¹¹ *Ibíd.*, 67.

de la vida humana—, no debería producirse ningún hecho contrario a la norma, pero, si esto ocurre, se imputará objetivamente a quien no cumplió con su deber de cuidar ese resultado. De acuerdo con la visión de Jakobs, la finalidad del Derecho Penal es la estabilización de las normas concebidas como manifestaciones de las expectativas de interacción social dominantes en una comunidad, en un momento dado.

Los profesionales de la salud deben procurar lograr la sanación del enfermo y para ello realizar una valoración individual y profunda de cada paciente y sus circunstancias, entre ellas las que caracterizan la constitución física del paciente, su reacción a determinados medicamentos, su umbral del dolor y otras particularidades, en cada caso los jueces deben tomar en cuenta dentro del proceso penal la severidad o el carácter leve de la sanción que corresponda. Debe decirse que, a pesar que las normas del buen hacer del profesional médico se basan en la *lex artis*, en este caso debe tomarse en cuenta la *lex artis ad hoc*, que constituye una guía del buen hacer para tratar determinada patología, pero relacionando esas reglas generales al caso específico.⁵¹²

De modo general los jueces no conocen de medicina, por lo que su valoración del caso está sujeta a las pruebas periciales que se practiquen dentro del proceso, en las que se aprecia cual sería el comportamiento correcto ante determinada actuación médica. Pueden existir diferentes criterios especializados sobre el asunto tanto por la parte de la defensa como por el acusador; el tribunal, de oficio, puede solicitar cuantos informes resulten necesarios para esclarecer los hechos y llegar a la verdad.

Los juzgadores están sujetos al principio de libre valoración de la prueba, por lo que todas poseen igual valor. Dicha libertad de valoración judicial tiene como contrapartida el deber de motivar correctamente en la sentencia, cuales resultaron aquellas pruebas que alcanzan mayor peso en la decisión.

Más aún, los tipos que describen aquellas conductas punibles que ocurren por imprudencia son amplias tomando en cuenta que la infracción del deber de cuidado que los identifica solo puede definirse a los efectos de la subsunción, cuando los juzgadores poseen conocimiento de las circunstancias del hecho. Esta definición no corresponde aplicarla al legislador, que solo define de manera genérica los elementos que sirven de base, definición que es demasiado abierta a los efectos de la subsunción, aun cuando existen reglamentos propios de determinada actividad como en el ámbito médico. Además, es necesario que se regule claramente la forma en que se interrelaciona la

⁵¹² Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 60.

infracción del deber de diligencia con el resultado ocasionado para que exista un verdadero sustento objetivo que permita que los jueces puedan decidir de la manera más justa en cada caso.

No se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente —conforme a las reglas de la experiencia y al sentido común— revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.⁵¹³

El fondo de la fundamentación del presente recurso de revisión presentado por la doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, contiene alegato de impugnación hacia la declaratoria de culpabilidad que en su contra se realiza por parte del tribunal sancionador; lo que este Tribunal considera en razón de que la afirmación de que la muerte del niño Bryan Criollo Chango, se habría producido por infarto y no por asfixia, y que en el Hospital Docente Ambato, no se le dio la atención debida, no compromete en nada la adecuación típica del hecho delictuoso (homicidio inintencional) cometido en contra de Bryan Criollo, sino que dicha afirmación pretende establecer la responsabilidad del hecho una persona diferente a la sentenciada en el presente caso. Con este mismo fin, la recurrente ha solicitado la práctica de una nueva prueba, la misma que consta de la incorporación al expediente del calendario correspondiente al año 2005 con el cual manifiesta que ese año el feriado de carnaval coincidió con la fecha de atención en el Hospital Ambato; y, la certificación por parte del Comité Permanente de Fiesta de la Fruta y de las Flores, en la que consta que año a año se celebra en Ambato y que el sábado 5 y 6 de febrero de 2005 en esta ciudad se realizaron actos relacionados con esta festividad; lo que, si bien es cierto es concordante con la manifestado por la recurrente, en nada tiene relación con lo que se ha juzgado en instancia, ni lo que se analiza actualmente. En cambio, sí tiene relación la medida de cuidado que, como profesional de la salud, la doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, debió haber observado al realizar la extracción de la pieza dental a su paciente, sobre todo tomando en cuenta que era un niño de cinco años, en cuyo caso se debió haber tomado las previsiones de cautela necesarias. Entonces la recurrente debió tener muy en cuenta que, por la generacional del paciente, sus cuidados debían extremarse, tal como lo establece la *lex artis*, pues, al no hacerlo, bien podría hablarse de mala praxis. Como consecuencia inmediata de lo dicho, se debe establecer que la fundamentación del recurrente no tiene relación con la causal invocada, esto, porque la causal versa sobre la comprobación conforme al derecho de la existencia material de la infracción acusada —lo que implica un análisis sobre el hecho y su comprobación fáctica en el mundo real— y el fundamento realizado versa sobre la responsabilidad del sentenciado; que de la misma forma, la práctica de la prueba se muestra directamente relacionada con la comprobación de lo dispuesto en la causal cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, la recurrente doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, no ha cumplido con la premisa de comprobar a este Tribunal de Revisión, la necesidad de romper con la firmeza de cosa juzgada, por haberse demostrado la injusticia de la sentencia condenatoria, sino que en su lugar, este Tribunal, luego del análisis de la sentencia atacada logra la convicción de que la misma es justa y que en ella se cumple con todas las garantías y requisitos necesarios para su expedición. [...] Es importante hacer notar el hecho —delito de homicidio inintencional—, que la perfección del injusto penal se da no por la

⁵¹³ Galán Cortes, *La responsabilidad civil médica*, 259.

conurrencia del dolo específico —la intención de causar la muerte— como la mayoría de los delitos, sino por la obtención del resultado originado en el acto negligente en la realización de un oficio o profesión; encontrándonos así frente a uno de los delitos llamados culposos. El profesor J. Jorneth se expresa así: Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por tanto deben pedirse responsabilidad, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mala praxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieren conseguido la mayoría de profesionales en la misma circunstancia... Entonces lo que interesa, para poder calificar una conducta como delito culposo, es que la conducta haya inobservado una norma de cuidado, y que esta a su vez haya generado un riesgo jurídicamente desaprobado por aptitud de lesión al bien jurídico protegido⁵¹⁴ teniendo entonces que luego de ocurrido el hecho en el consultorio de la doctora Fiallos (obstrucción de vías aéreas del menor) la profesional de la salud, no acude en auxilio del niño dándole las primeras atenciones, sino que se excusa de que ella no aprendió a darlos, lo envió junto con su madre al consultorio de otro médico que estaba ubicado en la planta inferior del mismo edificio sin preocuparse que se le haya dado la atención que el niño requiere; siendo esta conducta la que perfecciona el actuar negligente de la sentenciada Marianela Alexandra Fiallos Rosales.⁵¹⁵

De esta manera, puede deducirse la culpa médica, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional. Es lo que se conoce como teoría del daño desproporcionado: la circunstancia evidente o culpa virtual —*res ipsa loquitur*—, regla del *damno evidenziale* o de la *evidenza circostanziale* de la doctrina italiana, prueba *prima face* o prueba aparente o por primera impresión de la doctrina alemana.⁵¹⁶

Se deduce y considera que el juzgador queda convencido de la existencia de la culpa y del nexo causal mediante la utilización de la presunción de hecho. Uno de los

⁵¹⁴ Alonso Raúl Peña Cabrera Freire, *Derecho penal: Partes especiales*, t. I (Lima: Editorial Debate Jurídico, 2010), 83.

⁵¹⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia Ecuador Sala Penal. Juicio Penal n.º 820-2009.

⁵¹⁶ La regla jurisprudencial *Rep ipsa loquitur*, cuya traducción es las cosas hablan por sí solas, procede en los ordenamientos jurídicos del *common law* y es entendida como una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia —nexo de causalidad— en donde el demandante, debe probar únicamente el daño que sufrió y la imputación del mismo a la entidad médica. Esta teoría ha sido aplicada en aquellos casos en los que la falla salta a la luz de una forma tan evidente, que el daño ocasionado en la prestación del servicio de salud solo puede ser explicado atribuyéndole un error al galeno. Lo cual eximiría al demandante —paciente— de probar el nexo de causalidad entre la actuación médica y el daño acaecido. La teoría denominada *faute virtuelle*, lo que significa falta virtual, en la jurisprudencia francesa y pretende aligerar o presumir la carga probatoria en cuanto al nexo de causalidad y a la falla, debido a que el demandante —paciente— debe probar dentro del proceso todos los hechos que dieron origen al daño, para que de esta forma el juez tenga la íntima convicción de que el demandado, falló, así no se puede establecer en forma totalmente clara su comportamiento. La teoría de la prueba *prima facie*, que traduce a primera vista, tiene su origen en Alemania y consiste en la presunción de la culpa, en donde el operador judicial deducen de un hecho cierto y probado dentro del proceso-anomalía que rompe con el curso ordinario de las cosas —un hecho incierto— la culpa. En términos genéricos, aquí el demandante deberá demostrar a través de una prueba primera vista el daño acaecido y el nexo causal de la conducta médica. Y el juez tras analizar los hechos probados aplicará las reglas de la experiencia, podrá darle presunción a la culpa a la actual del galeno para endilgar responsabilidad.

ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria donde se invierte la carga de la prueba de la falta de correlación entre asistencia y daño es el relacionado con el resarcimiento del daño desproporcionado.

La administración debe probar que el daño se debió a causas externas a la asistencia sanitaria, ya que se asume que, si se hubiera actuado de forma correcta en atención a los protocolos, no se habría producido el daño; de ahí la inversión de la carga de la prueba.

Es lo anormal de la consecuencia lo que provoca la existencia de responsabilidad, que se declara como tal si durante el proceso se evidencian los siguientes cuatro requisitos, los dos primeros son de carácter subjetivo y los dos finales son de índole objetiva:

- a) Conducta no diligente que provoca el daño.
- b) Falta de intervención activa del perjudicado en la producción del daño.
- c) El daño inesperado.
- d) Que dicho daño ocurra en el ámbito jurídico del responsable, es decir, la instancia de sanidad pública o privada.

En atención a lo expuesto, la jurisprudencia española se pronunció y, para el caso, es importante citarla:

Asimismo debe establecerse que no obstante al ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación adecuada, según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia, el descuido de su conveniente y temporánea utilización.⁵¹⁷

Por lo tanto, si se produce el resultado dañoso por falta de diligencia, responde quien lo ha realizado, y así sigue esta misma sentencia:

La doctrina que funda la responsabilidad médica en la producción de un resultado desproporcionado, es reiterada en la jurisprudencia; así, entre otras, declara la sentencia del 31 de enero de 2003: [...] “la responsabilidad del médico demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, de que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la Jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última, que el profesional médico debe de responder de un resultado desproporcionado, del que se

⁵¹⁷ Tribunal Supremo Español Sala de lo civil, 26 de junio de 2006.

desprende la culpabilidad del mismo que responde a la regla “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por sí misma).

Algunas circunstancias subjetivas pueden tener incidencia de tal entidad en el daño resultante, que pueden provocar que se excluya la responsabilidad. Generalmente, eso ocurre cuando la gravedad de las secuelas no resulta desproporcionada con lo delicado que fuera la intervención e incluso sobre la necesidad de practicarla y la provisión de complicaciones; esto se debe a que la doctrina del daño desproporcionado tiene su aplicación cuando se parte de una situación no comprometida y se llega a un resultado que por su gravedad es desproporcionado con la situación de inicio.

Como ejemplo, se puede mencionar la anestesia en una intervención ligera, ya que el propio anestésico genera en sí mismo un riesgo para el paciente ajeno a la dolencia originadora de la intervención quirúrgica. Es decir, toda intervención tiene su riesgo. Sobre la base de lo anotado, la Sentencia de la Audiencia provisional de Madrid del 22 de octubre de 2004 señaló lo siguiente:

La referida doctrina no jurisprudencial al parecer de esta Sala no puede considerarse aplicable al caso presente, en el que el resultado lesivo se ha producido de un incidente anestésico, toda vez que esta corriente jurisprudencial viene aplicándose a aquellos supuestos en los que se parte de una situación no comprometida o banal y se llega al resultado que, por su gravedad, es completamente insólito y desproporcionado con la situación de partida. Lo relevante para esta sentencia o constituye que “el acto anestésico es por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica.

Como se ha visto, la pérdida de oportunidad es una teoría jurídica que permite indemnizar al que se ha limitado de la posibilidad de su curación. La diferencia existente entre los casos de responsabilidad en los que se le imputa al médico la causa de un fallecimiento o de una lesión, es que en este tipo de casos el paciente ingresó al hospital con un daño preexistente, entonces se le atribuye al facultativo como el responsable de la frustración en las expectativas de curación.

El reclamo en estos casos no proviene por el daño inferido o por sus secuelas, sino por la ausencia de unos medios de los que disponía la administración y no se le facilitaron al paciente. Así, en palabras de la Jueza, la teoría de la pérdida de oportunidad “no debe ir más allá de los cauces para la que fue concebida porque a veces basta con aplicar la mala praxis”.⁵¹⁸

⁵¹⁸ *Ibíd.*, 173.

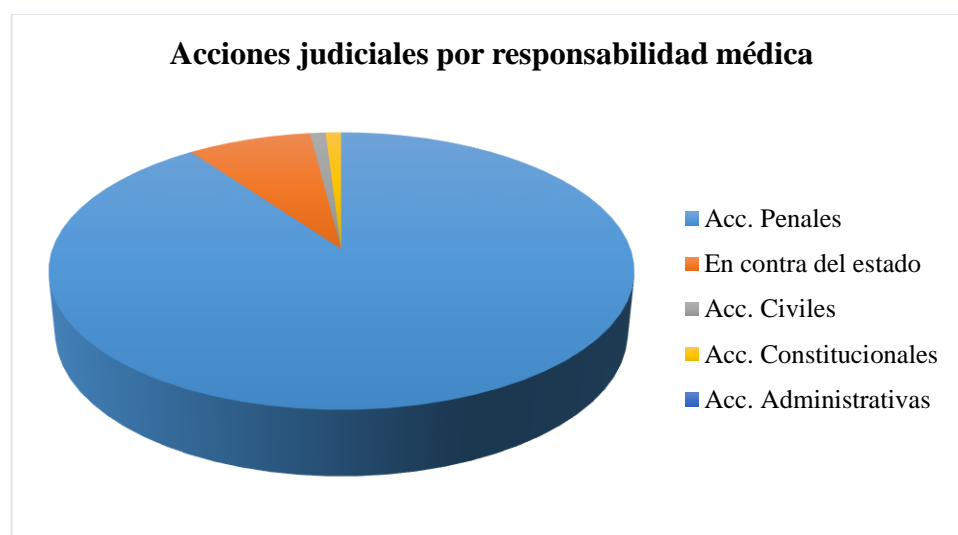
Es importante que esta doctrina sea acogida con prudencia, pues si se hace extensiva podría generar problemas a la estructura sanitaria. Esto crea la necesidad de estructurar una reforma que garantice la seguridad jurídica, especialmente, basada en los baremos de los daños sanitarios para que, sobre la base de esos y la correspondiente responsabilidad, se actúe en jurisprudencia.

2.8. Realidad ecuatoriana de la vigencia del estancamiento de la justicia vindicativa. El proceso penal

Luego de analizada la responsabilidad penal. Debe decirse que el médico ecuatoriano es reprochado y procesado bajo reglas del derecho penal en un porcentaje abrumador; en el derecho sancionador en el cual no se toma en cuenta esta dogmática del derecho médico, nos encontramos frente a una obligación de medio y no de resultados, se penaliza pues, el resultado de las consecuencias del acto médico, sin tomar en consideración todos los parámetros típicos de esta relación especial.

Los gráficos expuestos denotan la diferencia de acciones que se establece por responsabilidad médica en las diferentes materias y tal como se muestra la mayor cantidad de procesos se establecen en el campo penal, lo que implica que se pretende que dicho profesional cumpla condena por los actos realizados.

Gráfico 2. Acciones establecidas por responsabilidad médica en Ecuador



Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por el autor

A continuación, se ilustra en la tabla 3 y gráfico 3 el comportamiento de las causas penales que persiguen la responsabilidad del médico ingresadas y resueltas por la función judicial por este concepto durante el período 2014 a 2018.

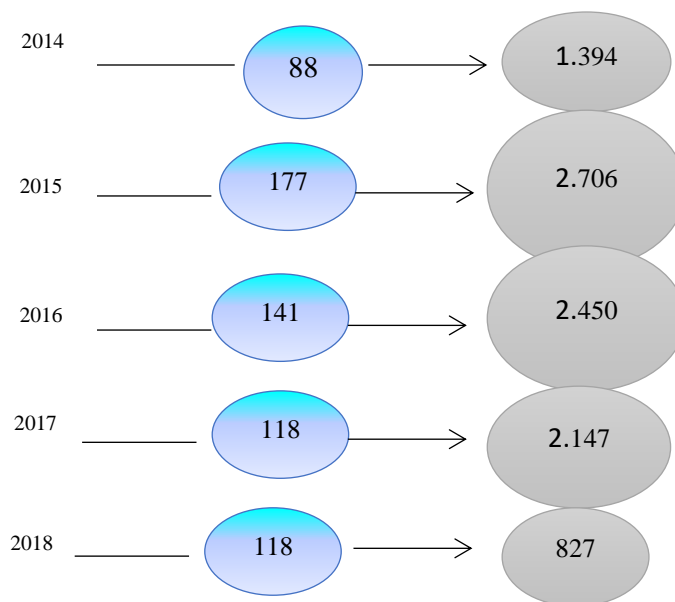
Tabla 3. Procesos ingresados a la Fiscalía

Cifras entregadas por la Fiscalía General del Estado según los artículos 146 y 152 del COIP		
Año	Art. 146	Art. 152
2014	88	1394
2015	177	2706
2016	141	2450
2017	118	2147
2018	53	827

Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Gráfico 3. Comportamiento de los procesos ingresados a la Fiscalía 2014-2018



Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Como se puede observar son más los asuntos ingresados por lesiones que por homicidio, aunque ambos manifiestan una disminución con respecto a años anteriores.

El comportamiento del delito de homicidio culposo en cada una de las provincias del país.

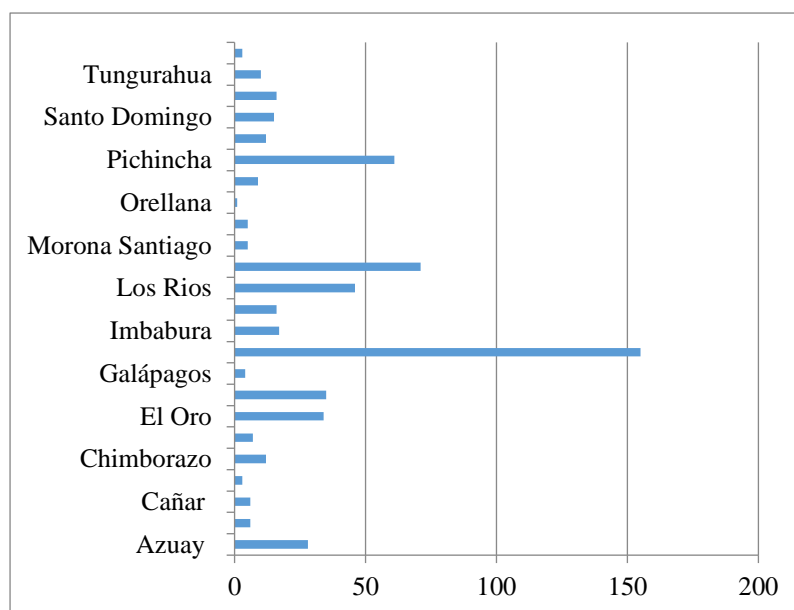
Tabla 4. Comportamiento por territorios del delito de homicidio culposo

Provincia	Art. 146 Homicidio culposo
Azuay	28
Bolívar	6
Cañar	6
Carchi	3
Chimborazo	12
Cotopaxi	7
El Oro	34
Esmeraldas	35
Galápagos	4
Guayas	155
Imbabura	17
Loja	16
Los Ríos	46
Manabí	71
Morona Santiago	5
Napo	5
Orellana	1
Pastaza	9
Pichincha	61
Santa Elena	12
Santo Domingo	15
Sucumbíos	16
Tungurahua	10
Zamora Chinchipe	3

Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Gráfico 4. Delito de homicidio culposo



La tabla 4 y gráfico 4 muestran que las provincias del Guayas, Manabí, Pichincha y los Ríos son las que poseen mayores índices de comisión de este tipo de delito. Por otro lado, el delito de lesiones se comportó por territorios de la siguiente manera:

Tabla 5. Comportamiento por provincias del delito de lesiones

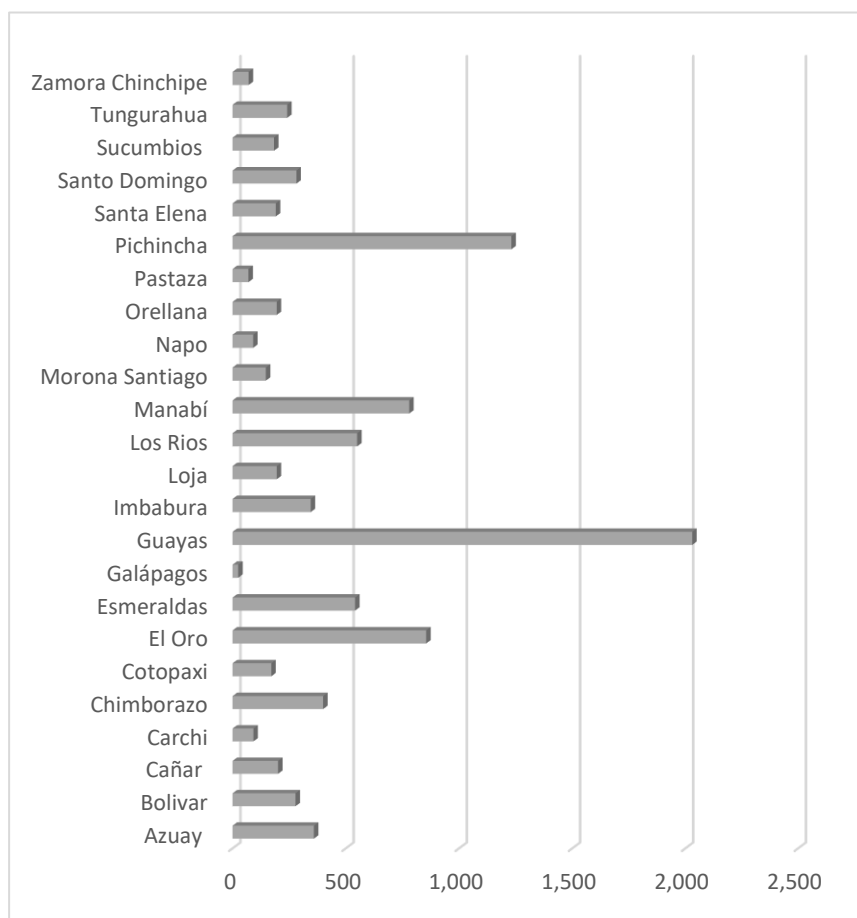
Provincias	Art. 152 lesiones
Azuay	359
Bolívar	278
Cañar	201
Carchi	92
Chimborazo	400
Cotopaxi	171
El Oro	855
Esmeraldas	541
Galápagos	25
Guayas	2030
Imbabura	345
Loja	195
Los Ríos	550
Manabí	780
Morona Santiago	147
Napo	91
Orellana	195
Pastaza	70
Pichincha	1231
Santa Elena	191

Santo Domingo	282
Sucumbíos	193
Tungurahua	240
Zamora Chinchipe	71

Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Gráfico 5. Delito de lesiones por provincias



Fuente: Fiscalía General del Estado, tomado del diario *El Telégrafo*

La comisión del delito de lesiones alcanza sus mayores índices en Guayas, Pichincha, El Oro y Manabí.

Se sabe que el derecho penal tiene como misión proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo, es decir bienes jurídicos protegidos. La finalidad del derecho penal es servir a la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, evitando determinados comportamientos que se reputan indeseables y recurriendo a sanciones para los casos en que dichas conductas se realicen.

En consecuencia, la norma será la expresión de expectativas sociales institucionalizadas de los individuos de un determinado país; en el caso de la responsabilidad médica, no existe expectativa más justa que esperar que la vida y la integridad de cada sujeto sea respetada y más aún cuando existe un nexo tan próximo como es el médico-paciente, pues en esta relación se ve presente un depósito total de confianza a los conocimientos y a la diligencia con la que deben actuar los profesionales de la salud.

De la información recabada se ratifica que son las acciones penales en contra de los médicos las más utilizadas en el medio, lo que provoca que esta penalización de las actividades realizadas por los profesionales, tengan una colisión de derechos que deben ser ponderados por el Juez penal: por un lado, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad del paciente; por otro, el prestigio y reconocimiento que ella emana para el médico.

La vida, es el bien jurídico que ocupa la jerarquía máxima dentro de la escala de valores o bienes jurídicos susceptibles de tutela desde el punto de vista penal, incluso dentro de un esquema en el que formalmente no existe un derecho más importante que otro, por lo que deben sancionarse todos aquellos delitos que atenten contra la vida y toda acción que ponga en peligro el bien jurídica vida.⁵¹⁹

2.8.1. Cifras entregadas de causas ingresadas y resueltas por la Función Judicial

A continuación, se mostrarán las cifras de causas ingresadas y resueltas durante el período desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2018.

Es necesario indicar que el citado artículo menciona la mala práctica profesional en general, no solamente los casos de médicos. Esto se explica porque el Sistema Automático de Trámite Judicial (SATJE) no detalla las particularidades de cada proceso.

Tabla 6. Causas de homicidio culposo ingresadas y resueltas

Artículo 146.- COIP homicidios culposos por mala práctica profesional	Causas ingresadas					Causas resueltas				
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018

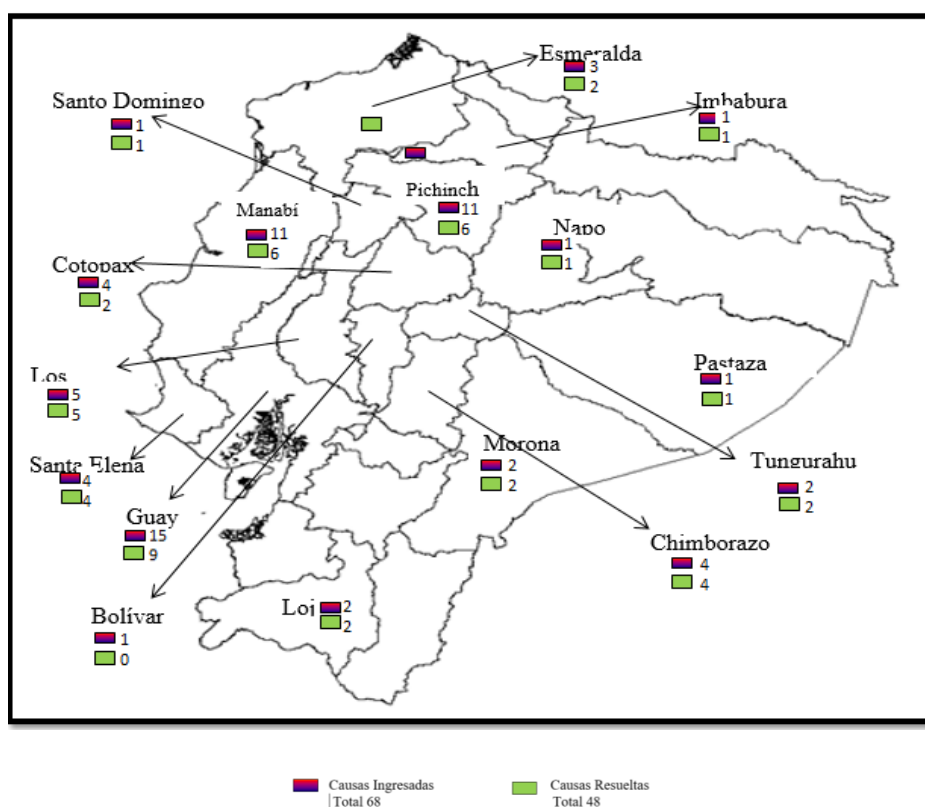
⁵¹⁹ Informe sobre responsabilidad penal médica en Ecuador. Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador. Junio 2013.

Artículo 146, inciso 1	3	11	16	25	9	1	5	12	16	12
Artículo 146, inciso 3			2	1	1			2		
TOTAL, GENERAL	3	11	18	26	10	1	5	14	16	12

Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Ilustración 1. Número de causas ingresadas y resueltas por provincias, período agosto 2014-septiembre 2018



Fuente: Fiscalía General del Estado

Tomado del diario *El Telégrafo*

Tal como muestra la tabla 6 y la ilustración 1, la cantidad de casos resueltos no es alta; los años con mayor cantidad de causas ingresadas han sido 2016 y 2017, al igual que resueltas, existiendo cierta proporcionalidad, aunque no resulta suficiente teniendo en cuenta que las personas acuden a la justicia en busca de una respuesta que goce de celeridad y oportunidad, aun la actuación de los órganos de justicia ante casos de esta envergadura es lenta.

3. La responsabilidad patrimonial objetiva del Estado en Ecuador

El concepto de responsabilidad aboca a la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos y, dentro de ellos, de los actos dañosos o que hayan causado un daño a otro. Las normas jurídicas, organizadoras de las relaciones sociales humanas, establecen el principio general de que quien causa un daño a otro ha de repararlo o compensarlo. La responsabilidad en términos jurídicos obliga a responder por nuestros actos.

La responsabilidad extracontractual del Estado se genera a partir de la concurrencia de eventos adversos, esto es, la transgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, protección, entre otras.

Se tendrá como referencia la falla del servicio o la prestación del servicio deficiente, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o violación a los reglamentos por parte del personal administrativo de un centro sanitario estatal.

El carácter objetivo de la responsabilidad implica la concurrencia de los siguientes requisitos: la efectiva realización del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado; que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es una relación directa causa-efecto, sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal; que el daño o perjuicio no se hubiese producido por fuerza mayor; que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo del Estado debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen el deber de soportar.⁵²⁰

⁵²⁰ El sentido objetivo absoluto también se ha puesto de manifiesto dentro del ámbito sanitario, incluyendo la responsabilidad cuando se responde por el funcionamiento normal del servicio, pues es claro que siempre se va a responder por los daños causados por el funcionamiento anormal del propio servicio público si concurren los demás elementos. Respecto a los fundamentos de la responsabilidad patrimonial, se recoge el principio de reparto equitativo de las cargas públicas, inicialmente basado en el principio de culpabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos, si ha evolucionado hacia la responsabilidad objetiva o por resultado, en donde lo relevante es el daño ilícito, no la culpa, por lo que cabe la responsabilidad en los casos de funcionamiento normal. El fundamento último es el principio de solidaridad que resulta del Estado social y democrático de derecho, el aseguramiento colectivo de los daños derivados de la actuación de la Administración; Francisco Javier Carro González, “Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria” (tesis doctoral, Universidad da Coruña), 107.

3.1. Contextualización de la doctrina jurisprudencial

El inciso segundo del art. 11 de la CRE dice lo siguiente: El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúa en ejercicio de una potestad pública, estarán ligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones o misiones de sus funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

La responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el derecho administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad.⁵²¹

Los elementos fundamentales de esta teoría, trazada desde la perspectiva del derecho privado, han sido ya definidos por varios fallos de la ex Corte Suprema de Justicia y, por qué no decirlo, también fallos de la actual CNJ del Ecuador.

Esta concepción creadora del derecho de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado puede ser expuesta en los siguientes términos: de modo general, las obligaciones nacen, dentro de otras fuentes, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como los delitos y cuasi delitos, concepción civilista que es fundamento de la responsabilidad que abordamos; la responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado.

La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve; son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, lo hemos

⁵²¹ La teoría general de la responsabilidad —y sus responsabilidades especiales— no puede ser construida en soledad, como un comportamiento estático, sin comunicación o nexo jurídico con el derecho público, particularmente, con el derecho constitucional y el derecho administrativo. Vale decir que la teoría de la responsabilidad del Estado que se compone —cómo habremos de ver— de contenidos que son propios de la teoría general del derecho y se complementa con unas modulaciones que vienen suministradas por el derecho administrativo, debe ser leída interpretada en clave constitucional. La perspectiva constitucional en materia de responsabilidad pública, pues, a decir más acusada que es lo que ocurre en el terreno de la responsabilidad civil. En resumidas cuentas: la rica temática de la responsabilidad estatal no puede agotarse desde la disciplina particular. Cada rama del derecho —recíprocamente— debe levantar la mirada hacia la otra en un genuino quehacer interdisciplinar del que es dable esperar una interacción fecunda. Trátase, pues, de allí áreas de cooperación entre las ramas del derecho en tributo necesario a la unidad del sistema jurídico. Así como la comunicación de saberes es uno de los cometidos más importantes de la universidad, el diálogo del derecho administrativo con el civil, o, más importante, con los contenidos de la teoría general del derecho resulta toda una necesidad. Alejandro Dalmasio Andrada, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos* (Buenos Aires: La Ley, 2008), 9.

mencionado ya, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido.

Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro; se entiende por daño cierto la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, por ejemplo, el daño emergente, y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, el lucro cesante.⁵²²

Si se afecta el patrimonio de las personas se considera que el daño es material, en tanto que, si la afectación se refiere a cualquier aspecto extra patrimonial de la persona, el daño será inmaterial, como lo denomina actualmente la doctrina.

El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos de daños que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir la afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar; la culpa es grave, leve o levísima, según lo previsto en el Código Civil.

La responsabilidad es subjetiva cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se derive el daño. En el caso de las actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta sea ajustada al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad.

De otra parte, la responsabilidad es objetiva si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa.

La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto.

⁵²² En prieta síntesis: los presupuestos hacen parte de la teoría general cuyo específico despliegue yace en el código civil, requisitos del daño resarcible, regulación del daño moral, relación de causalidad etc. Construcción que se integra, el número de supuestos, con las matizaciones provenientes del derecho administrativo. En la práctica de todos los días, en el derecho vivo, creo que la excesiva especialización, aquella que se refugia a auto-trance en la comodidad de la propia disciplina, sin levantar jamás la mirada hacia otras ramas, puede resultar insatisfactoria, cuando no deja espacio para consultar el avance que se registra en materias afines, necesarias para resolver el caso que se presenta. Por ejemplo: ¿Cómo podría resolver adecuadamente por parte de los jueces civiles, una demanda de resarcimiento fundada en la falta de servicio si se desconocen los recientes estudios administrativos acerca de los estándares de funcionamiento medio y demás contornos de la figura? ¿Cómo podría cuantificarse adecuadamente un daño si se soslayan los últimos análisis efectuados del derecho de daños? Andrada, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, 11.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho público, la doctrina más cualificada recomienda que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o licitud de los defectos de la actividad de las personas, sus bienes o el ambiente.

Así, el principio fundamental de la organización del Estado, la solidaridad, y en virtud de ella, los administradores, se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que son titulares.

La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma constitución no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto.

De tal forma que, en la búsqueda de entender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual debe hacer ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual *injusto o ilícito* por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.

Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado.

Por estas razones, el inciso segundo del art. 11 de la CRE⁵²³ no hace referencia a calificar la licitud o ilicitud de los actos de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento.

La norma que ya transcribimos hace también referencia a los delegatarios y concesionarios del Estado, obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, sin calificar la licitud de los datos o hechos conducentes a la prestación correspondiente, sino al defecto funcional del servicio.

⁵²³ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, inciso segundo.

Consecuencia de los enunciados precedentes es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en el ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de la culpabilidad, cuya designación implica un reproche de conducta del sujeto que provoca el daño.

En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios o empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad; como se analiza en el inc. 3^{ro}. del art. 11 de la CRE,⁵²⁴ la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.

Hay que destacar y aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como se ha perfilado, no se adecúa, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o la responsabilidad de actos de terceros.

Todo lo anterior se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar —presuponiendo la reversión de la carga de la prueba— que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de que se trate.

La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de que los que estuvieron bajo su cuidado y dependencia, según el régimen previsto en el artículo 2220 del Código Civil⁵²⁵. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública.

⁵²⁴ *Ibíd.*

⁵²⁵ *Ibíd.*, art. 2220.

El comportamiento de un funcionario público es, a efectos de la responsabilidad analizada, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado.

Cosa muy distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado por el inadecuado ejercicio de sus competencias.

Se insiste que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su origen en la injusticia o ilicitud de la afectación de las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable.

En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto en la teoría general de la responsabilidad.

Fijémonos entonces en la calificación de un hecho como *afectación injusta*, es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica que puede ser objeto de control con base en la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación.

Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio a la igualdad material en la distribución de las cargas públicas.

Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados.

En lo que se refiere a una afectación ilícita, el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto.

En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública, no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas.

Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los defectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, mostrando el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño.

Se trata, pues, de atribuir los defectos añosos a la realización de una actividad pública específica.

En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueba que los defectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima.⁵²⁶

3.1.1. Desarrollo, ubicación y aplicación específica del servicio médico estatal

La CRE vigente, con el fin de asegurar la prevención, atención y promoción de la salud pública, reconoce al Estado como el rector de dicho sistema mediante la autoridad sanitaria,⁵²⁷ a través del Ministerio del ramo encargado de controlar el desempeño de todas las entidades de salud, dispone que el sistema de salud ecuatoriano se componga por entidades tanto por el sector público como privado.

Dentro del primero están el Ministerio de Salud Pública, el de Inclusión Económica y Social, aquellos servicios que brindan las municipalidades y las instituciones de seguridad social.

Forman parte del sector privado las instituciones que tengan fines de lucro, además de las organizaciones no lucrativas que pertenecen a la sociedad civil y de servicio social y resto de instituciones hospitalarias como SOLCA, las escuelas de medicina y otros centros educativos relacionados con la salud.

Dentro de los servicios de salud deben distinguirse los dedicados a los servicios hospitalarios, los destinados a la rehabilitación, a la odontología, aquellos que realizan tratamiento de diálisis y hemodiálisis, así como los que brindan tratamiento ambulatorio y otros servicios de salud especializados. Se consideran prestadores de servicios de salud aquellos establecimientos que se están debidamente organizados para brindar servicios de salud.⁵²⁸

Ya lo dijimos, la norma constitucional ecuatoriana prevé la responsabilidad estatal por parte de delegatarios, concesionarios y toda aquella persona que actúe en el ejercicio de una potestad enfocada en el respeto y la reparación de cualquier vulneración que se produzca a los derechos por la falta o ineficiencia en la prestación de los servicios

⁵²⁶ Ecuador, Corte Suprema de Justicia.- Sala de lo Contencioso administrativo.- Resolución n.º 168-2007 de 11 de abril de 2007.- En el juicio contencioso administrativo (Recurso de Casación) n.º 62-2005. *Juan Pablo Andrade Bailón vs. Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI*.

⁵²⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 361.

⁵²⁸ Ministerio de Salud, *Norma para la selección y adquisición de servicios de salud*, (Quito: Ministerio de Salud: 2018), art. 4.

públicos, así como por las acciones u omisiones de los funcionarios o empleados públicos en ocasión del ejercicio de sus cargos, reconociendo el derecho de repetición en contra de aquellos que resulten responsables de los daños ocurridos.⁵²⁹

En el ámbito de la salud, los hospitales, clínicas y otros establecimientos pueden resultar responsables de los daños tomando en cuenta que la mala praxis puede incluir en algunos supuestos las instalaciones donde se brindan los servicios de salud, puesto que de la instalación de salud dependen aspectos como la higiene o el equipamiento tecnológico de la instalación, o sea, el centro de salud es el responsable de su mantenimiento y modernización; además debe garantizar que el personal que labora en él cumpla con los requisitos y la legalidad necesaria para brindar servicios en el orden médico.

El derecho de daños reconoce la responsabilidad de hospitales y clínicas privadas con respecto a las acciones u omisiones de los galenos. El art. 203 de la Ley Orgánica de Salud⁵³⁰ prevé que aquellos servicios de salud serán corresponsables en el orden civil de las actuaciones que lleven a cabo los profesionales de la salud que desempeñan su labor en ellos. Dicha disposición abre la posibilidad jurídica de que la responsabilidad de los galenos se haga extensiva a aquellas personas jurídicas cuyos fines están encaminados a la prestación de servicios de salud.

Dentro de la responsabilidad objetiva aparecen elementos que ameritan su estudio. El primero de ellos es la corresponsabilidad o la denominada responsabilidad compartida. Al respecto se afirma:

La víctima de un accidente imputable a una pluralidad de agentes puede demandar a todos, a algunos o tan solo a uno de los potenciales agentes y, declarada la responsabilidad solidaria de todos ellos, ejecutar en el patrimonio de cualquiera de los condenados el importe íntegro de su pretensión indemnizatoria.⁵³¹

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce las obligaciones solidarias “en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda”.⁵³² Por lo que el acreedor solidario puede demandar a uno o a la totalidad de codeudores solidarios para que estos

⁵²⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, inciso segundo.

⁵³⁰ *Ibíd.*, 203.

⁵³¹ Carlos Gómez, “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 4 (2007): 3.

⁵³² Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art 1527.

procedan a pagar la deuda de manera total; en este supuesto está presente el régimen de ajuste de cuentas en el que aquella persona que canceló la obligación puede requerir que los codeudores realicen el pago correspondiente, apareciendo la figura de la obligación conjunta, la cual es divisible, o sea, aquel deudor que ocupó el lugar del acreedor puede exigir a los codeudores por separado el pago parcial que posee en la deuda.⁵³³

El régimen de solidaridad, permite responder por los daños a través de la individualización de las cuotas, aplicable al incumplimiento de un deber de cuidado, de vigilancia o de control, lo que implica una salvaguarda de los derechos de los afectados, puesto que la solidaridad puede aplicarse ante la insolvencia del autor del daño. En consonancia con lo analizado está el mencionado art. 203 de la Ley Orgánica de Salud,⁵³⁴ por el que los prestadores de los servicios de salud son responsables de forma solidaria con respecto a los galenos y técnicos de salud profesionales que se desempeñan en ellos. En ese sentido, el paciente puede establecer cualquier acción legal, ya sea en contra del médico o auxiliares, del hospital o de ambos, resultando aplicable el término de responsabilidad por hecho ajeno.

Otro de los elementos a estudiar dentro de la responsabilidad objetiva es la responsabilidad del empleador, que resulta aplicable cuando existe una relación de dependencia entre empleador y empleado.

El Código Civil recoge que los empresarios deben responder por los actos tanto de los aprendices como de sus dependientes.⁵³⁵ Por tanto, para que proceda la aplicación de la responsabilidad del empleador deben concurrir los siguientes aspectos: que exista una relación de dependencia, la presencia de un daño y que se tipifique un delito o cuasidelito civil.

Corresponde plantear que la relación de dependencia debe estar acreditada mediante un contrato de trabajo en el que exista una obligación del empleado para con el empleador de laborar bajo determinadas condiciones a cambio de una remuneración. Dicha relación se basa en el respeto a los superiores e incluye el cumplimiento de horarios y reglamentos laborales.

La jurisprudencia nacional⁵³⁶ ha dispuesto que la dependencia se manifiesta desde varios puntos de vista, como: administrativo, económico, disciplinario y técnico.

⁵³³ Ibid., art. 1538.

⁵³⁴ Ibid., 203.

⁵³⁵ Ibid., art. 2220.

⁵³⁶ Ecuador, Corte Suprema de Justicia del Ecuador Sala de lo Laboral y Social. Expediente de Casación 885. Sentencia, 2007, 1.

La subordinación que se establece mediante dicho vínculo puede desarrollarse en diferentes actos, entre ellos el de poner a disposición del trabajador todos los medios y recursos materiales para la ejecución de su labor.

Respecto a la dependencia pueden aparecer daños que se ocasionen en el ejercicio de las funciones del empleado, los cuales son de la entera responsabilidad del dependiente, específicamente cuando ha incumplido la *lex artis*, algún reglamento o normativa interna establecida por el empleador, o se extralimita en sus funciones. En cambio, si el empleador le exige al trabajador acciones que están fuera de sus funciones o no le entrega los medios en óptimas condiciones para laborar y los recursos necesarios para brindar un servicio de calidad, debe asumir la responsabilidad que le corresponde en el plano jurídico.

Y como último aspecto está la denominada responsabilidad vicarial, la cual tiene dos modalidades: la responsabilidad personal y vicarial per se. La primera se basa en el supuesto de que las personas deben asumir las responsabilidades de sus propias acciones, y la segunda se sustenta en que es la normativa quien define aquellas situaciones en las que las personas deben responder, además de sus propios actos, por los actos de aquellos que estuvieren a su cuidado.⁵³⁷

Por lo que todo aquello que no constituye responsabilidad en el orden individual, entonces recae sobre la responsabilidad vicarial.

La responsabilidad vicarial se aplica en situaciones donde la persona es responsable de los actos de otro y la ley le imputa dicha responsabilidad. Así, la responsabilidad por hecho ajeno es al mismo tiempo una responsabilidad por el hecho propio que constituye negligencia en el deber de cuidado y una especie de garantía por el hecho ilícito del dependiente.⁵³⁸

En este tipo de responsabilidad está presente la presunción que se sustenta en la relación de autoridad entre el empleador y el autor del daño. Se definen por Barros⁵³⁹ como parámetros para que se configure la responsabilidad por hecho ajeno, los siguientes:

- a) Que exista un vínculo de autoridad-obediencia entre dos personas, el más común es el de dependencia.

⁵³⁷ Pablo Salvador y Carlos Gómez. “De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 3 (2002): 2.

⁵³⁸ Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 173.

⁵³⁹ *Ibíd.*, 175.

- b) Cuando existe una relación autoridad-obediencia en el sector público procede lo concerniente a la responsabilidad extracontractual del Estado;
- c) Que tanto el empleado como el subordinado cuenten con capacidad delictual o cuasidelictual;
- d) La existencia de un daño causado por el dependiente; y
- e) La existencia de un nexo causal basado en que el afectado demuestre la existencia de responsabilidad extracontractual respecto del causante del daño.

En el mismo orden y dirección se debe plantear que en la responsabilidad por hecho ajeno, el deber de cuidado resulta elemental porque sin él es imposible aplicar la mencionada responsabilidad. La obligación de cuidar se toma tanto por voluntad propia como por disposición jurídica y trae consigo la responsabilidad en caso de omisiones del acto de cuidar una persona. La obligación de cuidado se muestra en la circunstancia de que esa autoridad pudo ser usada como medio de prevención del daño.⁵⁴⁰

La correcta diligencia en el deber de cuidado se modifica según el caso en específico; en el ámbito de la salud, dicho deber es extensivo a las instituciones de salud y a la infraestructura que se emplea en la prestación del servicio.

La responsabilidad vicarial puede traer consigo la exoneración cuando se demuestre que se cumplió con diligencia con el deber de cuidado. La normativa vigente recoge las causas de extinción de la obligación de cuidado, pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.⁵⁴¹

Para que se cumpla cabalmente con el deber de cuidado se debe cumplir con lo establecido a esos efectos y con la *lex artis*; además para exonerar de responsabilidad al responsable debe quedar claramente delimitada la imposibilidad o impedimento del cuidador.

3.1.2. La constitucionalización del derecho de daños a propósito de la responsabilidad estatal

Enrique Gil Botero, en su interesante libro *La constitucionalización del derecho de daños*, se refiere a la responsabilidad estatal y pone de manifiesto que el derecho de la responsabilidad patrimonial y, concretamente, la que concierne a las administraciones públicas, han conocido varias etapas en su evolución, la misma que se inicia en el

⁵⁴⁰ *Ibíd.*, 177.

⁵⁴¹ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 2220.

escenario anglosajón con la premisa de que el *Rey no se equivoca*, por lo que era imposible predicar la existencia de responsabilidad patrimonial en cabeza de la administración pública. En la misma línea apareció la teoría de la irresponsabilidad del príncipe, que permitía la inmunidad por parte del Rey, por lo que era imposible no predicar la existencia de responsabilidad patrimonial en cabeza de las administraciones públicas.

Un segundo período se acepta la posibilidad de que la organización estatal que irroga daños —a partir de la revolución francesa de 1789— motivo por el cual se adoptaron importantes modificaciones para restablecer el sistema de pesos y contrapesos como requisito esencial para el control del orden público.

En esta perspectiva, se admite la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, pero de acuerdo con las normas que regían a los particulares, de manera específica, con la aplicación de los preceptos contenidos en las codificaciones civiles o con el fundamento del sistema *equity* de corte anglosajón. Finalmente, a partir del proceso de constitucionalización de mediados del siglo XX, el derecho de la responsabilidad encontró eco y fundamentación en las normas de rango constitucional, sistema que supuso el abandono sistemático y gradual de disposiciones legales para encontrar el basamento del derecho de daños en normas superiores.

Debe leerse así la institución y el daño, no con los lentes del civilista, sino conforme a la dióptrica esclarecedora de la CRE.⁵⁴²

En el marco conceptual trazado, se hacen explícitos la tipología, estructura o sistema de reparación del daño. El daño a la persona se erige como un importante criterio de ilustración para analizar los bienes jurídicamente protegidos, motivo por el que, en diferentes latitudes, el daño a la salud ha ganado aceptación al reconocerse la importancia del bien jurídico protegido —la salud— y la forma equitativa y objetiva como puede llegarse a establecer sistemas de reparación e indemnización.

Desde el diálogo permanente con la CRE, el derecho de daños garantiza el principio de reparación integral entendido conforme a la necesidad de proteger y salvaguardar los bienes, derechos e intereses legítimos más importantes de la persona, esto es, aquellos que fueron protegidos expresamente por el legislador, motivo por el cual se genera una lectura constitucional de la responsabilidad en vez de generar categorías abiertas de daños, promoviendo la reparación de la afectación de bienes o

⁵⁴² Gil Botero, *La constitucionalización del derecho de daños*, 12.

intereses legítimos de rango superior considerados en sí mismos y, que de una u otra manera, convergen en la persona como fundamento y centro de la CRE — antropocentrismo constitucional—.

Las deflagraciones mundiales, como la Segunda Guerra Mundial, supuso el advenimiento de un constitucionalismo moderno en el que estos textos determinan una necesidad no solo de regular la organización estatal y el ejercicio del poder público, sino, también, delimitan las garantías esenciales de la persona frente a la administración pública y a los particulares.

Inician y aparecen un listado de bienes y derechos fundamentales de los cuales es titular la persona, entre otras cosas, por la existencia del principio de dignidad en términos kantianos, esto es, que el individuo es un ser en sí mismo, sin que pueda ser entendido como medio para los fines de otros.

El principio de la dignidad humana, principio con el que se matiza toda la tesis y conforme a esta perspectiva se eleva al máximo triunfo filosófico y político de la modernidad, ya que desde el racionalismo se llega la conclusión de que cada persona constituye un fin y un objetivo en sí mismo, sin que sea viable limitar esa condición.

El reconocimiento de estos derechos son el camino y la línea del pensamiento contemporáneo, esto es, la eficacia de los derechos de la persona y de la colectividad se convierte en el eje central del paradigma constitucional moderno y posmoderno, la necesidad que los objetivos constitucionales se vean materializados se erige como la meta fundamental del poder público y, por consiguiente, la CRE señala la pauta del ejercicio de las funciones y actividades estatales, ubicándose como el faro orientador para todo el ordenamiento jurídico que termina por volver a acercar el derecho constitucional a la plenitud normativa de un país.

Si antes, las codificaciones —y, en especial, la civil con la expedición del Código de Napoleón en 1804— eran consideradas como paradigmas del conocimiento científico jurídico, hoy nadie puede desconocer que la Constitución ha desplazado a esos códigos en una tarea de entregar herramientas hermenéuticas para determinar la adecuada aplicación del derecho sin importar cuál sea su naturaleza, pública o privada.

De manera que, es innegable que la Constitución entra en un permanente diálogo con los ordenamientos legales, entre ellos, el derecho privado, de forma tal que se produce lo que se podría denominar la irradiación del orden constitucional a todo el sistema jurídico. Conforme con esta perspectiva, se transforma la conciencia de la población de forma tal que la importancia, respeto y garantía de los textos

constitucionales, produce lo que un sector de la doctrina denomina la “Constitución como cultura”.

En otros términos, los nuevos textos constitucionales parten de reconocer la diferencia, e identifica unos mínimos irrenunciables fundamentados en tres pilares básicos: la dignidad humana, el principio de libertad y el de igualdad.

Bajo esta consideración, todo el derecho —incluida la responsabilidad extracontractual civil o del Estado— encuentran el fundamento político y filosófico para adecuar hermenéuticamente el sistema jurídico, como, por ejemplo, la delimitación de los daños resarcibles y la importancia del principio de reparación integral.

En materia de responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado, se enuncia, una categoría constitucional dispuesta en conceptos ya incorporados a nuestro ordenamiento jurídico —el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, y el otro, por la ley—, la responsabilidad de los funcionarios públicos y la prestación deficiente de los servicios públicos.

La noción de daño en este caso parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lección que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación de la gente de la administración causante material del daño; se basa en la posición jurídica de la víctima y no en la conducta del autor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

4. Generalidades sobre temas procesales: Dificultades de probanza en los actos médicos

Vistos los diferentes tipos de responsabilidad aplicables a la médica, es importante analizar de manera general algunos aspectos relativos al procedimiento. La prueba de dicha responsabilidad se limita a acreditar la vulneración de los deberes a los que está sujeto el médico y el personal de la salud al atender un caso determinado. Es importante demostrar la actuación del galeno, para analizar esta conducta y compararla con los deberes profesionales para de esta forma determinar si existió adecuación con las reglas y pautas que regulan la profesión.

Como se ha planteado el principal problema está en cómo el paciente logra demostrar la dicha actuación por parte del personal involucrado en el caso tomando en

cuenta que: la atención médica se brinda en espacios aislados al que la familia no puede acceder, como, por ejemplo, en el quirófano, donde el paciente está solo con el grupo médico, no poseen conocimientos sobre el proceder y además no se les informa sobre los procedimientos y medicamentos que se le suministran, y de hacerlo, no comprenden sobre el tema por la naturaleza de dicha disciplina.⁵⁴³

El paciente después que es anestesiado depende por completo del *team* médico y, en consecuencia, no conoce sobre el desarrollo de las acciones que se procurarán en el momento.

Por tanto, los únicos que pueden explicar los actos realizados son los profesionales de la salud, lo que resulta desventajoso para el paciente en todo proceso, porque es lógico que el médico y la institución de salud traten de prevenir su responsabilidad y lo hacen a través de la historia clínica donde consignan su actuación y la misma es, a su vez, la única prueba con que cuenta el paciente.

En ese sentido, debe plantearse que las clínicas, consultorios y hospitales en pocas ocasiones entregan las historias clínicas inmediatamente, sino que normalmente toman su tiempo, por lo que este documento puede ser susceptible de cambios. De lo antes expuesto nace la interrogante de *¿quién en este contexto debe demostrar lo que sucedió?*⁵⁴⁴ *¿el cuerpo médico o el paciente?*

Nótese que, en efecto, no se está hablando de culpa, sino del primer elemento que se requiere para su valoración, cual es, demostrar lo que pasó. Quienes están en condiciones óptimas de acreditar lo que ocurrió durante el procedimiento es el equipo médico y no el paciente. Por esto, es elemental que sean ellos los que informen al Juez lo que sucedió durante la intervención, pues fueron ellos quienes realizaron la actuación. De manera que, si los médicos son renuentes a dar la información de lo que pasó, se aplica lo establecido en el COIP en lo relacionado a la imputación de la negligencia, lo cual le permitirá al Juez deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Ahora bien, el Juez con esta información ya puede hacer la valoración de la conducta profesional para establecer si se cumplió o no con el deber médico. Para ello el Juez debe consultar el orden jurídico, a efectos de establecer las pautas normativas que regulan el procedimiento a seguir, lo cual dependerá de la condición del paciente, por ejemplo, los anexos o normas técnicas que elabora el Ministerio de Salud; también

⁵⁴³ Juan Córdova Roda, "Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario del nuevo Código Penal". *Derecho y salud*, 4, n.º 2 (1996): 140.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, 378.

deben consultarse los protocolos científicos y la literatura médica que da cuenta de las pautas de actuación, frente a una determinada patología o condición del paciente. También se le debe consultar a los peritos, pero no para que hagan valoraciones, pues la culpa a quien le corresponde establecer es al Juez, sino para que informen, expliquen y aclaren las patologías devenidas de la intervención cuestionada, los signos manifestados, los procedimientos efectuados, los medicamentos suministrados, etc.

Igualmente, el juzgador necesita conocer los patrones científicos que deben aplicarse según la condición que presenta el paciente. Con dichos elementos al Juez le resulta posible determinar la culpabilidad del médico, puesto que cuenta con los elementos necesarios para comparar la actuación del galeno y el cumplimiento de sus deberes y, en consecuencia, dictar un fallo ajustado a derecho. Por otro lado, debe mencionarse que la existencia del consentimiento o autorización por parte del paciente o su representante, no exime de responsabilidad al médico cuando incurre según la normativa en los siguientes supuestos:⁵⁴⁵

- a) Incumple con las normas aplicables al profesional de la salud;
- b) Actúa con impericia mostrando falta total o parcial de conocimientos de tipo técnico o inexistencia de experiencia;
- c) Actúa con imprudencia omitiendo el cuidado o la diligencia exigible;
- d) Presencia de la negligencia por parte del profesional de la salud, con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.⁵⁴⁶

Lo antes expuesto implica que aquellos casos en los que el profesional de la salud ha actuado de conformidad con la *lex artis* y *lex artis ad hoc*, con el debido consentimiento del paciente o de sus familiares, y de resultar posible se cuente con información adicional y esquemas que muestren la condición del órgano relacionado a la patología que padece, constituirán la prueba de que la actuación del galeno y su equipo fue acorde a la normativa y se informó correctamente al paciente sobre el tratamiento aplicado o propuesto, así como de los riesgos que traía consigo y las alternativas procedentes de presentarse alguna novedad.

Se debe destacar lo referente a la relación de causalidad para poder determinar la autoría de daño; vale decir si este puede ser atribuido al obrar médico. En materia de responsabilidad médica es igualmente necesario, con arreglo a los principios generales

⁵⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006, art. 204.

⁵⁴⁶ *Ibíd.*, art. 202.

sobre la materia,⁵⁴⁷ la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el *ad hoc* profesional incriminado y los daños y perjuicios cuya reparación se procura,⁵⁴⁸ demostración que en un principio ha de estar a cargo del paciente.

No obstante, aunque la carga probatoria corresponde en principio a quien invoca la mala praxis médica, la posición procesal del médico no puede ser meramente pasiva, pues él tiene el deber de aportar todos los elementos necesarios que hagan a su descargo.⁵⁴⁹ Por lo que el médico que resulta objeto de un proceso legal por el fallecimiento de un paciente posterior a una operación quirúrgica, debe acumular las pruebas pertinentes para resultar exonerado de responsabilidad, máxime cuando la intervención ha sido larga y aparecen síntomas como fiebre, cambio de coloración, algún derrame biliar que provocara su muerte, que contradecían sus afirmaciones en cuanto a que la operación había sido exitosa y normal la recuperación de la enferma.⁵⁵⁰

Al paciente le corresponde acreditar el nexo de causalidad existente entre el incumplimiento de deberes por parte del médico y el ocasionado, como así que si bien en ocasiones es factible establecer un camino de presunciones de dicho vínculo causal, es menester una seria convicción dotada de certeza moral que supere el ámbito de las meras conjeturas e hipótesis o brinden una probabilidad objetiva sobre la efectiva vinculación entre el hecho médico y la lesión que se pretende haber sufrido como consecuencia de aquel.⁵⁵¹ Los marcos legales regulares, deciden que estos fines bastan con acreditar la impericia profesional y que medió relación causal entre tal conducta y el daño producido.⁵⁵²

Empero, se ha señalado por la doctrina que el segmento causal a la luz de nuevas situaciones científicas no es sencillo⁵⁵³ o, como la puntualizará Lorenzetti, que *es de determinación compleja*, en razón de que: para comprender adecuadamente un proceso patológico que derive, por ejemplo, en la muerte de la víctima, es necesario poseer un conocimiento especial de los micro fenómenos genéticos y el estudio de la genética cambia aceleradamente permitiendo nuevos hallazgos. Las discusiones sobre si las

⁵⁴⁷ Juan Córdova Roda, "Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario del nuevo Código Penal". *Derecho y salud*, 4, n.º 2 (1996): 140.

⁵⁴⁸ *Ibíd.*

⁵⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁵⁰ *Ibíd.*

⁵⁵¹ *Ibíd.*

⁵⁵² *Ibíd.*

⁵⁵³ Carlos Ghersi, *La responsabilidad por prestación médica asistencial* (Buenos Aires: Hammurabi, 1992), 268, en *ibíd.*, 366.

enfermedades tienen un componente genético, adquirido o bien ambas cosas, todavía no se ha aplacado.

La medicina es una ciencia que avanza por múltiples caminos, los investigadores son entonces especialistas que pueden dar explicaciones muy exhaustivas desde su punto de vista, que puedan confundir al profano, ya que ponen el acento en un aspecto, y en forma contradictoria con el especialista en otro campo. No hay, y es muy difícil establecerlo, un cuadro general de explicaciones consensuadas. Lo que más interesa en este plano es que, normalmente, los peritos señalan una multiplicidad de causas de determinados eventos y ello perturba el juicio normativo. Es preciso comprender que para la ciencia médica no será una causa la que produzca el resultado, sino un conjunto de ellas que en grado diverso aportarán para la conformación del resultado final. A ello debe agregarse, sin duda, un margen de desconocimiento que la ciencia exhibe acerca del funcionamiento de la naturaleza.

Por último, establecer el grado de gravitación positiva o negativa que tuvo el actuar del profesional galénico en el curso del proceso de causación resultará también difícil si pretende valerse de conceptos puramente científicos.⁵⁵⁴

En el ámbito de responsabilidad médica, el simple contacto ya sea físico o material entre el acto del galeno y el resultado, no siempre da lugar a la relación causal, atendiendo a que en dicha actividad no siempre significa daño o causalidad jurídica, tomando en cuenta que el enfermo asiste a un centro de salud para atenderse con un galeno porque tiene un problema real de salud; sin embargo, en ocasiones a primera vista es complejo afirmar que posee un daño y en otras aparece la disyuntiva de determinar si ciertamente aquel daño existente, es responsabilidad de un acto médico o es el resultado de la evolución de la enfermedad.

Frente al daño médico es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud de enfermo.⁵⁵⁵

4.1. La relación de causalidad y su exigencia probatoria

El punto de partida, que trae consigo la necesidad de delimitar la causalidad en el proceso judicial, surge de la decisión legislativa de condicionar la atribución de

⁵⁵⁴ Ricardo Lorenzetti, *La responsabilidad civil de los médicos* (Santa Fe de Bogotá: Rubinzal-Culzoni, 1997), 115.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, 370.

responsabilidad a la causación de un evento perjudicial tanto por parte del propio sujeto a quien se le imputa la responsabilidad como por un tercero.⁵⁵⁶ De esta forma, se puede afirmar que un sujeto, excepto cuando existe responsabilidad vicaria, será responsable legalmente por el daño causado a otro cuando le es atribuible el acto que provocó dicho daño.

La exigencia en dependencia del proceso es mayor o menor, no tiene por qué ser igual en las diferentes clases de proceso; tal es el caso del proceso civil que la exigencia es menor porque no trae consigo una sanción de tipo penal que resulta más severa para el responsable.

Acercas del tema, el derecho positivo privado asegura que para que exista responsabilidad civil deben estar presentes determinados presupuestos que la configuren. Desglosando ontológicamente el *hecho indemnizatorio*, se puede asegurar que es un complejo de hechos que se representan en la fórmula siguiente:

Daño + antijuridicidad + factores de atribución + nexo causal = hecho indemnizatorio.⁵⁵⁷

Cuando se encuentren reunidos estos requisitos, el ordenamiento, para revertir la violación dañosa del derecho ajeno, impone al agente del deber jurídico de indemnizar el perjuicio causado.

Por tanto, la persona afectada ejercita la acción con la pretensión de obtener la reparación correspondiente por el daño causado, debiendo demostrar la conexión existente entre la conducta antijurídica del agente y el daño sufrido, de modo tal que aparezcan relacionados por un nexo de causa efecto.⁵⁵⁸

La regla general para determinar la carga del *onus probandi* se basa en que la demostración de los actos que dieron origen al daño corresponde a aquella persona que asegura la existencia de un derecho que pretende le sea reconocido, tanto en casos de responsabilidad contractual como aquiliana, lo cual depende de las restricciones o condiciones propias del tipo de responsabilidad.

El deber médico – es de medios - lo que se traduce a una atención diligente hacia el paciente de conformidad con las reglas de la profesión, ello implica la aplicación de los conocimientos científicos especiales, lo que no significa que se aseguren resultados exitosos, sino que sencillamente se aplica todo lo que el galeno tenga a su alcance para

⁵⁵⁶ Diego Papayannis, *Causalidad y atribución de responsabilidad* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 215.

⁵⁵⁷ Isidoro Goldenberg, *La responsabilidad civil. Ensayo de sistematización* (Buenos Aires: Revista Jurídica de san Isidro, 1982), 156.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, 169.

tratar la enfermedad,⁵⁵⁹ aseguramiento de éxito vedado a los facultativos por lógica. Por lo cual, la no obtención del resultado esperado con respecto a la cura no genera ningún tipo de responsabilidad siempre que se proceda con el tratamiento correcto del enfermo: “Siempre existe un alea que escapa a los cálculos más rigurosos o a las previsiones más prudentes, la ciencia médica tiene sus limitaciones y obliga por ende a una hermenéutica restrictiva en materia de responsabilidad civil profesional”.⁵⁶⁰ En dicho supuesto, no resulta presumible la culpa del médico.

Aparecen por lo general, personas que buscan una reparación, intentando acreditar que la cura del padecimiento no se logró porque el médico no guardó la diligencia e idoneidad exigibles, o si se prefiere a que medió de su parte una defectuosa intervención; ya que, aunque culpa y mala ejecución sustancialmente no se identifican, de ahí la enorme importancia de que en sede judicial la carga probatoria sea distribuida con el mayor rigor posible.

Las diferencias entre obligaciones de medios y de resultados, así como el hecho de que el deber médico es de medios, constituye la base para que la jurisprudencia pueda desarrollar su doctrina decisonal empleando la prudencia y una evaluación profunda tomando en cuenta la naturaleza de la actividad profesional, que como ninguna otra es una disciplina en la que pueden existir varios criterios y goza de gran complejidad teniendo en cuenta que no resulta fácil establecer límites y determinar precisiones entre lo correcto e incorrecto.

Sin duda ninguna, en el ejercicio de la medicina, está presente el principio de discrecionalidad por parte del galeno quien puede optar en cada caso por la aplicación de determinado tratamiento médico y terapéutico que considere aplicable al caso en concreto, por lo que resulta a veces insuficiente que el procedimiento empleado haya sido discutido para descartar la existencia de culpa o negligencia. Estos elementos obligan a los juzgadores a reflexionar y contar con todo el tramado científico para dictar un fallo, que debe ser proporcional a la actuación médica y al daño causado.

Por el principio de la carga de la prueba, dentro del sistema subjetivo que es el aplicable en el tema de responsabilidad médica, quien afirma debe probar, aquellos hechos que no han sido probados.⁵⁶¹ La carga de la prueba impuesta por la ley a las

⁵⁵⁹ Jorge Bustamante Alsina, *La responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión* (Buenos Aires: Perrot, 1976), 64.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, 366.

⁵⁶¹ Marcelo Midón, *Derecho probatorio* (Buenos Aires: Cuyo, 2007) 128.

partes no constituye una obligación ni un deber procesal; el litigante, por tanto, es libre de probar o no probar. Eso nadie le puede exigir, pero quien no prueba los hechos afirmados por él corre el riesgo de perder el juicio la doctrina procesal distingue entre hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos. La carga de la prueba de los hechos constitutivos y convalidativos recae sobre el litigante a quien tales hechos le convienen, y los hechos extintivos y modificativos recae sobre aquel litigante a quien aquellos hechos le perjudican.⁵⁶²

Corresponde decir que ante la insuficiencia probatoria y la imposibilidad de que un asunto quede sin decidir, la normativa debe proporcionar un criterio ajustado a derecho que debe servirle al Juez para determinar a cuál de las partes debe afectar determinada falencia probatoria, y, en consecuencia, tomar la decisión de que pretensión debe ser tenida en cuenta,⁵⁶³ esto es, ante actos dudosos o no probados, el Juez debe tener tal producción fáctica como inexistente.

La dificultad de la carga de la prueba existe cuando el Juez puede dudar o carecer de pruebas, cuando las practicadas han resultado insuficientes. Mientras que cuando las pruebas resultan suficientes producen convicción, no está presente la figura de la carga probatoria, al estar convencido el Juez de cómo tuvieron lugar los hechos y sus consecuencias, no tiene motivo para detenerse en quien debía o no probar.

4.2. Distribución del *onus probandi*

La distribución del *onus probandi* se relaciona a la prueba del otorgamiento del consentimiento informado; dentro de él están aquellos criterios donde se trató al sujeto encargado de probar que efectivamente, se había brindado con anterioridad al paciente toda la información necesaria. En este caso, tanto el galeno como la institución de salud deben aportar las pruebas con el fin de demostrar que se informó y que se contó efectivamente con el consentimiento del paciente, pues la inexistencia de ambos aspectos resulta negativa y la demostración no puede imponerse a quien la alega, sin pena de imponerle una prueba que resulta contraria al principio de tutela efectiva porque genera indefensión.

⁵⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Resolución n.º 229-2002. En el juicio ordinario (Recurso de Casación) n.º 31-2002 que, por indemnización de daños y perjuicios, sigue José Luis Guevara Batioja, por sus propios derechos y como representante legal del Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” en contra de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL, PETROPRODUCCIÓN.

⁵⁶³ Álvaro Luna Yerga, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”, *Working paper* (2003): 5.

Se debe apuntar que el incumplimiento no siempre determina automáticamente que el médico debe ser sancionado, solo ocurre cuando las complicaciones que han tenido lugar en el paciente resulten previsibles ante el tratamiento aplicado.

Según las cargas dinámicas de la prueba, el cuerpo médico, como se ha dicho está en mejores condiciones para acreditar y probar sus alegaciones mediante pruebas documentales como el consentimiento informado y la historia clínica.

Al respecto, Galán Cortés⁵⁶⁴ expone que la doctrina se ha encauzado en que el paciente se exonere de la carga probatoria, a pesar de que en el proceso sea el actor y deba probar los hechos que alegue. Sin embargo, el *onus probandi* recae en el médico a través del consentimiento informado, “atendiendo a razones de flexibilidad, normalidad y facilidad probatoria por su situación de primacía”⁵⁶⁵, tomando en cuenta que para él resulta factible acreditar mediante la historia clínica el cumplimiento del consentimiento informado y, en consecuencia, mostrar el cumplimiento de sus obligaciones.

Se debe apuntar que cualquier proceder o tratamiento médico debe estar autorizado expresamente por el paciente, de manera que el médico quede respaldado en su desempeño y asegura que no se vulneren los derechos y garantías de las personas en este campo.

No obstante, existen situaciones en las que contar con dicho consentimiento informado y su proceso resulta complejo o imposible, debiéndose prescindir de la voluntad del paciente recurriendo a un consentimiento sustituto en el supuesto de los incapaces o de aquellas personas que transitoriamente no posean la capacidad correspondiente o en el caso de que el representante legal o la familia no acepten o rechacen el tratamiento.

Ante este caso, el profesional debe actuar en beneficio del paciente teniendo en cuenta la situación de peligro en que se encuentra y en consecuencia la necesidad de atención urgente. Galán identifica dos situaciones en las que el médico debe exonerarse cuando ha advertido del riesgo:

- a) Cuando el estado mental el paciente y de la ausencia de parientes y allegados se lo impidan.

⁵⁶⁴ Julio César Galán Cortes, *Responsabilidad médica y consentimiento informado* (Madrid: Civitas, 2001, 350.

⁵⁶⁵ *Ibíd.*

- b) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.⁵⁶⁶

4.3. La inversión del *onus probandi*

En estrecha relación a los elementos precisos para declarar la responsabilidad civil se encuentra el particular relativo a la carga de la prueba y a la posibilidad de la inversión de esta obligación probatoria, problema en el que confluyen, junto con un tradicional resquemor de la opinión pública por cuanto existe la conciencia generalizada de que el perito va a tratar de encubrir o hacer pasar inadvertida la negligencia del compañero de oficio antes que actuar con objetividad el informe pericial que se le encomienda, unas críticas recientes y reiteradas a este tipo de litigios se ventilan en el orden jurisdiccional, dada la carencia de conocimiento médico sanitarios que poseen los jueces.

La opinión pública debe saber que por lo que la primera reacción se refiere, la clase médica tiene o ha de tener al menos conciencia de que un mal entendido corporativismo en este sentido causa un mayor daño a la profesión si conlleva un encubrimiento ilícito de la actividad realizada por el compañero demandado, ya que lo que ha de realizar es una exposición sincera del estado de las cosas para que sea el Juez quien resuelva conforme a derecho, por cuanto el informe del médico perito, aunque goce de importancia decisiva, no constituye en absoluto, el fallo del litigio, ni siquiera su antesala.

Y con respecto a la segunda crítica que late a la sociedad es preciso recordar que el Juez es, en efecto, un técnico en temas estrictamente jurídicos y, por ello en la resolución de la mayor parte de los litigios que se le encomienda ha de contar con personas que por sus conocimientos científicos o técnicos puedan darle luz sobre las cuestiones fácticas necesarias para el correcto fallo.

Cuando hablamos del problema de la carga de la prueba es necesario hacer una sutil distinción entre los supuestos en que existe entre una responsabilidad contractual o por el contrario el ejercicio de la acción se basa en el principio general que impide causar daño a otro.

El *onus probandi* es discutido de manera intensa; la doctrina ha llegado a diversos resultados. En efecto, determinados sectores de la misma y, partiendo del principio que nos dice que si hay incumplimiento contractual ha de presumirse que es

⁵⁶⁶ *Ibíd.*, 272 y 202.

por culpa del deudor, sostienen que para exigir la responsabilidad que proceda por incumplimiento al acreedor le basta demostrar la existencia de una obligación y alegar que esta no ha sido cumplida, habiendo de ser el deudor el que, para defenderse tanto de la reclamación de cumplimiento como de la responsabilidad del incumplimiento, haya de probar que no procede porque ya cumplió, con base en el principio de la carga probatoria.

Otros autores introducen un planteamiento de las obligaciones de medios⁵⁶⁷ entre la que se encuentra, aquella que pesa sobre el médico, manifiesto que no es bastante fuerte para presumir culpa o negligencia en la persona obligada al cumplimiento de la prestación que el acreedor acredite la existencia de nexo obligacional y el incumplimiento de la obligación, ya que además habrá de probar la concurrencia de negligencia, culpa profesional o quiebra de las reglas técnicas que el deudor de la prestación venía obligado a observar.

Así el hecho de que el paciente haya muerto o no ha llegado a su completa recuperación no equivale en absoluto a la falta de las obligaciones médicas por parte de quien verificó el tratamiento, por lo que para que tenga éxito la acción de reclamación ejercitada en este caso, ha de probarse también que el médico no adoptó las precauciones que el incumben como tal, postura que es coherente con el concepto de culpa subjetiva, desterrando toda suposición de responsabilidad objetiva, responsabilidad por riesgo y con el que se trata de proteger a la profesión médica de demandas arbitrarias, lo que sin duda redundaría en beneficio de toda la sociedad, mucho mejor cuidada, por profesionales que no tienen continuamente sobre sus cabezas la amenaza de una demanda judicial.

Al hablar de la responsabilidad aquilina, la generalidad de la doctrina sostiene que se produce una inversión de la carga de la prueba siendo el causante del daño quien ha de probar su diligencia y, ello porque este causante es un obligado a respetar la integridad de la persona, de modo que, infringiendo el deber, es él quien tiene que justificar el incumplimiento, y porque si el art. 220 del Código Civil sobre la *responsabilidad vicaria*⁵⁶⁸ obliga a responder por daños ajenos, presumiendo a personas

⁵⁶⁷ Esta idea se mantiene en todas y cada una de las resoluciones jurisprudenciales que afirman que la obligación del médico no es la de obtener un resultado —la salud del paciente— sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado, salvo que el tratamiento prestado no sea susceptible de incardinarse en la llamada curativa, sino en la que hoy se conoce con el nombre de medicina voluntaria, cuya naturaleza jurídica linda con el contrato de obra, ya que la obligación del médico es, en todo caso, de resultado, no de actividad.

⁵⁶⁸ *Responsabilidad vicaria*. Es aquella responsabilidad por la negligencia de otro, pero generalmente, la obligación de realizar la consiguiente reparación por daños nace de un hecho culposo propio.

distintas del agente culpables *in vigilando* o *in eligiendo*, a partir de la manera de realización del hecho dañoso, con mayor razón, habrá de presumirse la culpa de quien responda por actos propios.

A pesar de lo dicho, es de afirmar además que ha de mantenerse en este estadio, el principio general de *actori incumbit probatio*, al igual que postulábamos para las obligaciones contractuales, por muy gravoso que pueda resultar para el enfermo o familiares acreditar la falta de diligencia observada por el médico y la relación entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales.

4.4. Teoría de la facilidad probatoria y las cargas dinámicas

Partamos que las reglas probatorias no son estáticas, de ahí que el problema de aplicación el *onus probandi*, depende de la posibilidad o imposibilidad que posean las partes de producir los medios de prueba necesarios en el proceso. El demandante debe contar con la carga probatoria para fundamentar sus alegaciones, pero en ocasiones le resulta imposible o es complejo tomando en cuenta que es la contraparte quien cuenta con la prueba, bastando apoyarse en negociaciones indefinidas, para mantener el *onus* en el actor. La carga dinámica conduce a resultar la regla del juicio con el fin de que el funcionario judicial tome la decisión de a quien le compete la carga de la prueba basado en la investigación del caso, en el comportamiento procesal de las partes y en la posibilidad de cada uno de acceder y producir los medios probatorios.

En el proceso es imposible emplear juicios *a priori*, por lo que debe estar presente la distribución del *onus* mediante un juicio *a posteriori*, tomando en cuenta la experiencia de cada proceso en particular. La carga dinámica de la prueba, se considera aquella “carga que incumbe a las partes de probar los hechos que le resulten de más fácil demostración, en comparación con la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos conforme a la experiencia de cada proceso”.⁵⁶⁹ Dicho modelo complementa los que están presentes en las normas positivas, después de haberse efectuado la actividad probatoria y haber resultado insuficiente su aplicación abstracta, ya que una de las partes posee dificultades de probar y en cambio el otro posee una situación más ventajosa, por lo que dicho conflicto en la carga dinámica, trae consigo la necesidad de que desde los inicios del conflicto debe imponerse la colaboración de las partes con respecto a las pruebas independientemente de la posición procesal o

⁵⁶⁹ *Ibíd.*, 407.

sustancial, que cada una de ellas ocupe dentro del proceso con la finalidad de contribuir con la mayor cantidad de medios de pruebas que faciliten al juzgado dictar el fallo con la mayor justeza.

Lo antes expuesto responde a modificaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales con respecto a la carga de la prueba, vista tradicionalmente como quien alega debe probar.⁵⁷⁰ Actualmente se trabaja en función de que debe probar quien está en mejores condiciones de hacerlo. En el caso de la culpa médica debe probarse si este es el presupuesto involucrado por quien demanda o de su ausencia ya no resulta una actividad exclusiva del autor.

En lo que concierne a la facilidad probatoria, esta se determina por aspectos como la presencia de señales de responsabilidad que pueden manifestarse a través de la resistencia en entregar documentos o información que esté en la historia clínica o al brindar la misma está resulte incompleta, ello muestra el interés marcado de ocultar determinados actos que afecten sus intereses; por otro lado, el paciente puede también actuar de mala fe, negándose a ser objeto de nuevos exámenes médicos u ocultar información sobre su historial en el que puedan aparecer afectaciones congénitas que hubieran podido tener influencia en el daño causado que pretende responsabilizar al médico con ello.

Resulta oportuno también analizar la culpa virtual en la que puede aparecer la desigualdad que tiene el actor para recurrir a hechos que han tenido lugar en la atención de un paciente, en el que pueden ocurrir situaciones como proceder erróneamente a realizar la intervención quirúrgica de otro órgano o de un miembro diferente.

El hecho de presumir del paciente o de su familia para aportar la prueba de culpa virtual, motivada por el déficit de conocimientos o por la complejidad de acceder a las pruebas de documentos, o la carencia de recursos para poder practicar un dictamen técnico, se solucionan en el ámbito de la responsabilidad sanitaria mediante una valoración adecuada por parte del juzgador de los medios probatorios que constan en los autos del proceso, en especial de la prueba indiciaria, que resulta de gran valor unida a la historia clínica y a las señales que puedan aparecer de la aversión de la institución a aportarla en el proceso o de las deficiencias que estén presentes en los informes provenientes de entidades oficiales que no traigan consigo costos para las partes.

⁵⁷⁰ Alejandro Marcos Azvalinsky, *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: Civil y pena* (Buenos Aires: La Ley 2007), 838.

Para demostrar que existen faltas en la prestación del servicio resulta de vital importancia la experiencia, la que permite determinar que el daño solo es producto de actos negligentes, como, por ejemplo, el olvidar objetos en el cuerpo del paciente,⁵⁷¹ afectar determinadas partes del cuerpo sujetas a tratamiento como la presencia de quemaduras con rayos infrarrojos, la afectación de un nervio al aplicarse una inyección hipodérmica.⁵⁷²

Por otro lado, debe analizarse el peritaje, que está sujeto a las posibilidades económicas del profesional que entregue el informe pericial, quien debe estar debidamente calificado para ello, pudiendo aparecer el agravante de que al impugnar el informe pericial debe hacerse con otra hipótesis y presentar a su vez otro, con aseveraciones similares lo que se vuelve una cadena interminable.

Aquella parte que impugna dicha prueba alega los problemas que determinó con anterioridad mediante el estudio de otros casos médicos acaecidos internacionalmente o en el ámbito nacional, debidamente justificados, el perito no podrá evadir las preguntas con pretexto de consultar lo que la ley le obligó a aportar con su dictamen.⁵⁷³

Cabe imprimir que para la aplicación de la distribución dinámica de la prueba deben cumplirse con dos requerimientos: que resulte imposible o dificultoso para una de las partes acreditar aquellos hechos bajo los que fundamentó la pretensión y que exista una mejor posición probatoria que la contraria en relación con el mismo presupuesto de hecho.

La primera supone que aquella parte que le corresponde probar, está obstaculizada para producir la prueba, puesto que no tiene acceso al medio probatorio “o no puede aportar en el proceso medios de prueba que le permitan invocar el presupuesto fáctico invocado”.⁵⁷⁴

El segundo requisito, a diferencia del primero, implica que la parte tiene la posibilidad de acceder a las pruebas, lo que le permite demostrar los hechos alegados. Esta mejor posición está dada porque la parte se encuentra en condiciones de rendir con mayor facilidad la prueba o bien tiene la posibilidad exclusiva de acreditar un hecho o

⁵⁷¹ Lo que la doctrina denomina como oblitio quirúrgico y que considera que en la generalidad de los casos solo puede explicarse por negligencia del médico o de su equipo.

⁵⁷² *Ibíd.*, 397.

⁵⁷³ *Ibíd.*, 374.

⁵⁷⁴ *Ibíd.*, 378.

por sus conocimientos profesionales o técnicos puede aportar la prueba al proceso de manera más fehaciente o incluso porque le representa un menor costo económico.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ Aylen Gitseaton, *Cargas probatorias dinámicas, una solución ante la dificultad probatoria*. *Revista de Estudios Lus Novum*, n.º 3 (2010):12.

Capítulo tercero

Remedios y respuestas jurisdiccionales

1. La compensación: Daño emergente y lucro cesante

La indemnización busca subsanar el daño ocasionado. En este sentido, el patrimonio se detalla como una serie de derechos evaluables en dinero que pertenecen a un sujeto o, como dice Bekker,⁵⁷⁶ *entidad patrimonial activa*. Esta unidad está formada también de deberes jurídicos y obligaciones de su directa responsabilidad pudiendo así oponerse al patrimonio activo un pasivo patrimonial, ambas masas constituyen el patrimonio en todo su sentido amplio.

La índole de la noción jurídica de patrimonio es su unidad y coherencia, alrededor de la cual la variedad de derechos y obligaciones propios a una persona se resumen en un cuerpo único e intangible. Por esto, la propiedad, disfrute y transferencia, son ajustables a las normas del *derecho de cosas*. Esta unidad puede comprender diferentes aspectos como: derechos reales, deberes, derechos individuales y familiares. En efecto, aglutina más derechos y nunca bienes económicos, de forma directa. *El patrimonio jurídico solamente envuelve derechos y repugna toda materialidad de cosas.*⁵⁷⁷

Los objetos físicos o inmateriales forman objeto de derechos, así configuran el patrimonio, pero no seguidamente como bienes patrimoniales. El precio pecuniario o la posibilidad de evaluar en dinero es requerimiento general de todos los derechos que componen el patrimonio. Sin embargo, el derecho actual en el mundo de Occidente no defiende con rigidez absoluta este principio, pues no podría dudarse que los derechos reales integran el patrimonio, aunque estos pueden proyectarse sobre cosas sin beneficio económico alguno. Esta nulidad económica, hace que el derecho existente se encuentre carente de valor pecuniario.

⁵⁷⁶ Bekker, Pandekten (1880), propone que en derecho común, las deudas forman parte del patrimonio, actualmente sigue su teoría, Binder, *Rechtsstellung des Erben* (1901); los dos tratadistas coinciden con el hecho de que patrimonio, es una unidad y una aglutinación, merced a la cual la diversidad de derechos y obligaciones correspondientes a una persona se resumen a que este también está integrado por las deudas, en Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación* (Madrid: Librería general del Victoriano Suárez, 1928), 7

⁵⁷⁷ Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación*, 8.

De esta manera, las obligaciones, a menos que sean particulares, son incoherentes con toda concesión hereditaria o contractual. Son bienes económicos los siguientes:

- a) Los objetos y bienes materiales, con los derechos reales obligatorios, que respondan a su disfrute.
- b) Los bienes personales, estos consisten en las capacidades, posesiones y talentos humanos aptos a una valoración económica. Por ejemplo, la fuerza, la destreza, el talento y la inteligencia.
- c) Algunas relaciones o estados de hecho que se constituyen entre personas y cosas; la clientela y el negocio son algunos ejemplos.
- d) Las energías humanas de trabajo que utilizadas de forma adecuada pueden dar beneficios considerables en un proceso laboral.

Adolfo Wagner,⁵⁷⁸ creador de la Ley de Wagner plantea que no hay razón para exceptuar de los conceptos de bienes personales; los que corresponden con relaciones, lejos de alejarlos del beneficio constante de la ciencia económica propone contenerlo bajo aquel concepto. El concepto de patrimonio, en sentido económico, se agranda de forma considerable.⁵⁷⁹

Los patrimonios que componen los bienes económicos, tienen un valor, sea de usanza o de cambio, así se puede apartar el patrimonio de uso, que contiene la suma de bienes económicos pertenecientes a una persona y que de esta se utiliza para satisfacer sus necesidades. Pero sin hacer de ellos fuente de ganancia, y luego está el patrimonio productivo, que es el conjunto de bienes explotados por su carácter circulatorio para la preparación de nuevos valores.

La aplicación de la noción jurídica de patrimonio, al conflicto de la patrimonialidad de los daños, se encuentra con inconvenientes, porque este término establecido para relacionar una serie de normas, no tiene nada que ver con los daños y la reparación. La idea de patrimonio jurídico, es inaplicable, sin embargo, lo fundamental de esta idea, es concentrar todos los componentes del patrimonio junto al individuo. Sobresale en el problema de los daños patrimoniales, como expresa

⁵⁷⁸ Adolph Wagner, (marzo 1835 a noviembre 1917), estudioso del gasto público. La ley de Wagner del incremento de la actividad estatal lleva su nombre. Es la figura central de la escuela económica y política social llamada socialismo de Estado, una variante del Kathedersocialismo. Plantea que el aumento del gasto público es incluso más rápido que el aumento de la producción del país. www.bibliotecacervantes.com.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, 416, 11.

Degenkole,⁵⁸⁰ que el significado jurídico del daño muestra un tono subjetivo. Aunque se arruine o maltrate una cosa, si no hay una persona interesada por el perjuicio, no puede hablarse jurídicamente de daño. La presencia y valor del daño patrimonial solo existen en relación con la persona que lo percibe.

El patrimonio, como suma de derechos, no dice nada del beneficio; este es el que establece y organiza la cuantía de los bienes. El derecho de propiedad conforma el patrimonio en sentido jurídico. Esto también aplica cuando el dueño tiene un disfrute personal del objeto y cuando esta se encuentra en manos de un tercero que legalmente lo tiene o en potestad de un ladrón. Esto indica que entre mayor sea la suma de derechos que la ley otorgue para certificar la tenencia, un derecho de propiedad, las acciones emanadas de delito o de contrato, menor es la ventaja o valía que ella procura.

Cuando se van a investigar los daños patrimoniales, no puede desecharse del componente valorativo. El derecho de propiedad no se elimina porque la cosa sobre la que incurra desaproveche el valor de cambio en la comercialización y toda ganancia personal para su dueño. El derecho perdura, aunque suceda esto, como parte integral del patrimonio y sin embargo su infracción o la pérdida del objeto sobre el que versa no inducirían en ningún daño patrimonial.

Todos los bienes patrimoniales deben ser tasados y se suman dependiendo a su valor monetario. La representación del patrimonio como suma total de valores, las deudas conforman partidas a concluir. Una vez que estas se descuentan, se obtiene el *patrimonio líquido*. A este le corresponde, en el resarcimiento de daños, la idea de *interés*. El daño se obtiene mediante una maniobra de cálculo, cotejando el entorno real del patrimonio luego del evento perjudicial y el daño imaginario, es decir el estado que tendría si este no hubiese sucedido. La diferencia que se obtiene, muestra la presencia del daño y su valor.

La fórmula matemática que se emplea para esto, define en cifras el patrimonio, por lo que es imprescindible para la determinación del daño patrimonial. Gracias a esta se puede reducir a la noción de daño y poner bajo defensa jurídica, los deterioros apreciados en el patrimonio, incluso los que causalmente se encuentren más apartados del suceso que los ocasiona.

Para que conste daño patrimonial, solo se necesita que, aunque permanezcan intactos los valores o bienes pasivos, crezcan las deudas o resulte errada una ganancia o

⁵⁸⁰ Citado por Hans Fischer, para contextualizar el concepto jurídico del daño. Tratadista de origen alemán del siglo XIX.

adquisición. Estas dos modalidades, se encuentran expuestas en la concepción general de interés.

Por tanto, el daño solo tiene mérito jurídico como hecho consumado, es decir, como consecuencia de un proceso, cuyas condiciones atenuantes o agravantes es necesario no perder de vista. Es importante reconocer, que mayormente, las relaciones no reclaman que se clarifique matemáticamente el importe del daño. Aunque este ascienda a 10 dólares o a 1000 dólares, la ley decreta a su causante que lo subsane, restableciendo su estado original.

Todo esto resulta momentáneo pues los daños producidos a un sujeto en el caso de una negligencia médica comprobada, nunca conseguirán enmendarse del todo pues el ser humano es un cuerpo frágil y las patologías o daños originados al patrimonio humano no serán reparables de forma mecánica.

El detrimento de la funcionalidad de un órgano o de un miembro no es posible suplantarla humanamente, por tanto, el aquilatamiento de esta ausencia es el objeto primordial de la investigación, en la cual el dinero compensa esa pérdida solo en una parte.

La teoría actual del Occidente según la cual *las alteraciones de patrimonio no implican necesariamente menoscabo*⁵⁸¹ se estrella contra una serie de elementos, donde es inadmisibles adivinar el cálculo abstracto, así se trate de reparaciones efectivas.

No es fácil evidenciar si hay perjuicio o si es el caso de una transformación. En ocasiones, este examen se complica, esto sucede cuando el acto dañoso causa una serie de efectos, favorables unos y otros perniciosos, lo que restituye, el alterado equilibrio patrimonial.

Si las ventajas son mayores que las desventajas, aunque solo exceda en centavos, se excluye la presencia del daño, por tanto, la primera de las condiciones a que la ley somete el deber jurídico de indemnizar.

Conocer los tipos de daños es de vital importancia ya que pueden catalogarse según el tipo de bien al que afectan o según la manera de resarcirlos. Según la primera forma de enumerar los daños, estos son materiales, personales o morales.⁵⁸² Los daños materiales afectan a activos o derechos de contenido patrimonial, mientras que las

⁵⁸¹ *Ibíd.*, 416, 23.

⁵⁸² Fernando Gómez Pomar, Ignacio Marín García, *El daño moral y su cuantificación*. (Barcelona: Wolters Kluwer S.A., 2017), 36.

lesiones personales, la muerte y los daños producidos a bienes o activos intangibles de la personalidad se pertenecen a las clases de daños personales y daños morales.

En la segunda manera de especificar los daños, el criterio de distinción está en la habilidad para encontrar un equivalente monetario objetivo que acceda a estimar el perjuicio objetivo. Por tanto, son daños patrimoniales los que afectan a bienes para los que existe un mercado de intercambio que admite valorar el impacto económico del bien o derecho afectado por el accidente. Son daños no patrimoniales, los que afectan a bienes o derechos que carecen de un mercado que aprecie las consecuencias del accidente y que apruebe valorar económicamente las consecuencias del desastre.

La característica patrimonial de los daños, no solo involucra un mercado en el que los bienes o derechos afectados puedan ser obtenidos de nuevo, sino la ausencia de un mercado que engendre tales bienes o derechos.

La ausencia de fabricación de los bienes y derechos no patrimoniales en el mercado supone, que no es posible su renovación en el patrimonio de la víctima.

La patrimonialidad del daño no se refiere únicamente a la posibilidad de asistir a una evaluación de los bienes o derechos afectados. Los daños patrimoniales son daños a bienes permutables. Los daños personales no son patrimoniales, pues no existe un mercado de bienes sustituto a las lesiones corporales o a la muerte de la víctima del daño.

En la mayoría de los casos es posible estimar las consecuencias, temporales o permanentes de la lesión o el impacto económico que la muerte de la víctima origina en sus allegados, estos solicitan la indemnización de tales consecuencias económicas. De este modo, pese a la ausencia de contenido patrimonial de los daños personales, su sufrimiento tiene siempre un reflejo económico directo.

Los daños morales son siempre no patrimoniales. Así los asigna el carácter de los bienes y derechos cuyo perjuicio delimita la existencia de un daño moral. La víctima de tales daños, carece de un mercado en el que pueda obtener los bienes o derechos afectados por un daño moral o que consienta que el comprometido del perjuicio pueda restaurar a la víctima con bienes o derechos equivalentes.

En la medida que tales circunstancias no posean un reflejo físico que consiga un tratamiento cuantificable, la repercusión económica de los daños morales es tan difícil de valorar como la propia existencia de tales daños.

Ante la muerte de un allegado, sus familiares sufrirán daños morales relacionados al padecimiento físico de la lesión o a las consecuencias económicas de la

ausencia del ser querido. Reconocido este perjuicio como reflejo o por rebote⁵⁸³. En este escenario, es fácil presumir la existencia de un daño moral, aunque tanto el daño personal como el moral que lo acompañan son daños no patrimoniales, “el reflejo económico del primero facilita la indemnización del segundo”.⁵⁸⁴

Es fácil para la víctima del daño personal persuadir al Juez del perjuicio moral inscrito a la lesión sufrida, en especial si esta es irreversible. Se trata de *pretium doloris*, la doctrina angloamericana la empareja usualmente con la expresión *pain and suffering*, la doctrina alemana como *Schmerzensgeld* y la italiana como *danno biológico*. Esta concepción indemnizatoria incluye el sufrimiento físico y moral que sigue a un daño personal.

Es fácil proteger la indemnizabilidad de tales daños, relacionados con la pérdida de independencia personal o familiar. La distinción entre el dolor físico y el moral o emocional es imposible de esbozar cuando ambos son consecuencias de un mismo perjuicio físico. Es razonable, por tanto, que la indemnización de los daños físicos concentre y estime, la indemnización de los perjuicios morales. Sobre la base de lo anotado es importante conceptualizar el lucro cesante, derivado del agravio. El lucro cesante es el ingreso que se haya dejado de adquirir por consecuencia del hecho de que se es responsable.⁵⁸⁵

En términos generales, la doctrina expone que en esta indemnización se ajustan los aumentos patrimoniales que el acreedor esperaba ganar, y cuya obtención se ve fracasada como consecuencia de la trasgresión obligacional de su deudor. Por tanto, su acreditación y supeditada indemnizabilidad, existirán en función de la mayor o menor posibilidad de que el acreedor tuviese tales incrementos, esto no es resarcible las meras expectativas o planes contingentes de ganancia, sino solo las oportunidades de lucro probable o verosímil, deducibles del curso causal de los acontecimientos. No es puntual que el lucro cesante se base en un título o derecho que se halle en el patrimonio del acreedor al momento de originarse el incumplimiento, pero la jurisprudencia defiende un criterio rigorista, en el sentido de que su presencia debe ser comprobada.

El lucro cesante constituye el ingreso que el acreedor hubiese conseguido de haber cumplido el deudor con su prestación, y que no obtiene en menor medida, como

⁵⁸³ Pazmiño Ballesteros, *Acción civil de daño moral, en accidente laboral*.

⁵⁸⁴ *Ibíd.*, 421-37.

⁵⁸⁵ Javier López y García de la Serrana, coords., *Manual de valoración del daño corporal*, (Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2007), 520.

resultado del incumplimiento.⁵⁸⁶ De esta manera, el garante de una obra que desperdicia la oportunidad de vender un edificio, por el incumplimiento del contratista. En otro caso, el minorista que no vende una mercancía a su cliente, por culpa de la informalidad de su distribuidor.

Por otra parte, existen casos de daños particulares sufridos por el prestamista o por la víctima responsable extracontractual, es por esto que se automatizarán como lucro cesante, los salarios o retribuciones, que estos no reciban durante el tiempo de convalecencia. Lo que la ley trata de subsanar en un lucro cesante es la pérdida de ganancias. El ingreso frustrado no necesita como cimiento un título existente en la propiedad del acreedor cuando sucede el daño, es suficiente que este se pueda definir en el futuro, sin que nos lleve a identificar el concepto de lucro cesante con el de daño futuro. En ese sentido se propone un ejemplo de las diferencias entre daño emergente actual y futuro y lucro cesante actual y futuro. El caso parte de un accidente de tránsito con lesiones corporales y diferencia las nociones indicadas de la siguiente manera:

- a) Daño emergente actual: costo de reposición del automóvil y los gastos de hospitalización y medicamentos.
- b) Lucro cesante actual: daños derivados del impedimento de la víctima para trabajar, cuando estaba convaleciente.
- c) Daño emergente futuro: gastos que deberá realizar la víctima para el tratamiento de las secuelas permanentes.
- d) Lucro cesante futuro: ganancias que se dejarán de recibir a consecuencia de la discapacidad permanente.⁵⁸⁷

Dohrmann⁵⁸⁸, al respecto, solicita que no se debe confundir el perjuicio económico con el lucro cesante. Refiere como ejemplo que en ocasiones quedan confundidos los gastos de sustitución, es decir un daño que se origina por el reemplazo de la víctima por otra persona. La pérdida de la pensión alimenticia u otras semejantes, siempre que esto se da como resultado del fallecimiento del obligado. También ocurre la pérdida económica por causa de una donación, entre otros supuestos. Solicita en la importancia de distinguirlo de esos otros conceptos para conseguir, no solo una

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, 423-520.

⁵⁸⁷ Mariano Izquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2001), 325.

⁵⁸⁸ Klaus Albiez Dohrmann, "El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo", *Revista de Derecho Privado* 82, n.º 5 (1998): 127.

reparación del daño, sino que el lucro cesante proyecta cuestiones determinadas que obtienen respuestas igualmente específicas.

1.1. La reparación del daño. Vías de reparación: por convenio o a través de una acción judicial

Todo daño provoca un detrimento y este trae como consecuencia, el compromiso de subsanarlo a través de vías indemnizatorias.

Históricamente siempre se ha tratado de un asunto lento, costoso e injusto, sobre todo por la naturaleza de los daños y de los perjuicios que regularmente se provocan en los procedimientos que se orienta para su reparación.⁵⁸⁹

La corrección del daño consensuado es una fórmula habitual cuya ventaja es la de evadir el costo de una acción judicial, pues normalmente está cargada de incertidumbre y de lentitud en la indemnización. Este tipo de primacías invitan a las víctimas a consentir propuestas de indemnización brindadas por los responsables o por las compañías aseguradoras.

Este acuerdo donde la víctima y el responsable del daño acuerdan la reparación, en cuanto a valor y forma de pago, establece un contrato de transacción. Este, como se mencionó con anterioridad, evita juicios e inclusive finaliza la querrela que eventualmente se hubiera planteado.

El principio de autonomía de la voluntad establece que las partes en disputa pueden obtener un acuerdo basado en la pretensión de remediar el problema, en este caso el afectado debe estar de acuerdo con lo que exprese el responsable del daño tanto en la cantidad a enmendar como en la forma.

Una de las desventajas de esta forma de resarcimiento de los daños, puede ser que una de las partes haya accedido al convenio por una incorrecta representación de los verdaderos daños. En este caso, la víctima cree sufrir una determinada lesión, pero luego, le sucede otra más grave, como resultado de la lesión original. También sucede muchas veces, que la curación dura más tiempo del estimado.

Otra de las desventajas a tener en cuenta, es que los contratantes al elegir esta vía dimiten a toda exigencia, en virtud del principio de seguridad jurídica.⁵⁹⁰ Sobre esto

⁵⁸⁹ *Ibíd.*, 423.

⁵⁹⁰ Solo un error puede invalidar la transacción, siempre y cuando recaiga sobre el planeamiento de hecho sobre el que las partes están de acuerdo, no siendo esto normal.

expresa Yanguéz⁵⁹¹ que repugna el sentido natural de justicia, pues el afectado pierde toda posibilidad de exigir contra el autor del daño, aunque este se acreciente.

En estos casos, solo será aceptable otra solicitud por parte de la víctima, cuando ocurran daños nuevos, o cuando los conocidos consigan una intensidad que admitan entenderse como nuevos o distintos, por los que las partes acordaron. Es por esto que, la prueba debe ser eficaz y todas las circunscritas se supongan capacitadas de dar lugar a una solicitud, al margen del convenio. La reclamación judicial debe ser la vía normal para el proceso de la reparación del daño. De la única forma que se obtendrá la consecuente indemnización es mediante la demanda del responsable.

Las personas certificadas para preparar la acción son: el perjudicado, en virtud de la sucesión *mortis causa*, los herederos del perjudicado, cuando el acto lesivo ha tenido como resultado la muerte de la víctima. Si el perjudicado es menor o incapaz, la legitimación concierne a sus representantes legales y para las personas jurídicas, la legitimación la muestra el órgano representativo. Pueden los acreedores estar habilitados, dentro de las situaciones y características del ejercicio que expone la acción legal, con excepción de las que sean innatas y en consecuencia desaparezcan con las personas.

1.1.1. Formas de reparación: reparación específica y reparación pecuniaria.

La llamada deuda indemnizatoria

Para hablar de las formas de reparar se debe plantear que, si el daño originado es de naturaleza material, quien lo causa está forzado a repararlo. En estos casos tendrá que rehacer el conjunto del patrimonio lesionado, y si es moral, se deberá indemnizar a la víctima por la carencia o deterioro del bien personal que se ha visto afectado.

El Juez establecerá el *quantum indemnizatorio*, de acuerdo con lo solicitado y su libre apreciación, es por esto que el autor del daño está obligado a ejecutarlo. El jurista ejecuta una operación lógica, consistente en confrontar la situación anterior al hecho dañoso con la actual, para instaurar de forma justa la indemnización.

La práctica de la totalidad del monto indemnizatorio, ya sea por la ausencia de un desglose de las partidas indemnizatorias en las demandas, o bien por el ejercicio de la discrecionalidad judicial, dan la oportunidad al legislador de señalar topes legales. De aquí se crea la necesidad de puntualizar en la sentencia las partidas indemnizatorias por

⁵⁹¹ Ricardo de Ángel Yanguéz, *Tratado de responsabilidad civil* (Madrid: Civitas, 1993), 888.

las cuales se compensa el daño y motivar las sumas otorgadas para frenar el conflicto de una valoración global.

En ocasiones se ha destacado que la reparación puede ser de varios tipos según la naturaleza del daño, ya sea específico o pecuniario. El primero es la deseable y la genuina forma de reparación, pues pretende que el perjudicado restaure su situación anterior al hecho lesivo y esto se acopla con los daños de naturaleza patrimonial y material. En estos casos el Juez es quien decide, siempre y cuando no sea desmesuradamente gravosa para el causante del daño. La segunda opción, es la del equivalente monetario. En los supuestos de daños patrimoniales, y concretamente en el de daños corporales no cabe otra posibilidad que la reparación económica, aunque la utilidad del dinero para la víctima sea prácticamente nula o no exista.

2. Principio de la reparación integral del daño

No interesa sobremanera examinar si el juez en uso de sus poderes oficiosos puede o debe, respecto de los principios de la interpretación de la demanda, efectividad de los derechos, acceso a la administración de justicia, prevalencia del derecho objetivo y la tutela judicial efectiva, decretar una reparación integral del perjuicio, así no haya pretensiones al respecto o estas sean insuficientes.

En este campo la doctrina ha hablado de las pretensiones implícitas, es decir como aquellas que no requieren ser expresadas en la demanda, porque el juez debe amparar los anteriores postulados, al ser implícitas es porque van a existir siempre y cuando se dan las condiciones específicas de las otras pretensiones que les den viabilidad lo que es propio del derecho de daños.

Si bien puede ser subjetivo el enfoque referido, no podemos desconocer que la justicia ordinaria es rogada, pues al menos ha sido lo usual y por ellos los poderes oficiosos del juzgador estarían limitados. Con todo nos preguntamos, ¿qué es más importante la rogación tradicional en el proceso o amparar todos aquellos valores? ¿Resalta también otro cuestionamiento, podría ante semejante importancia de los principios constitucionales superponerse la rogación de la jurisdicción que no tiene vocación institucional?

Prima facie, deberíamos darle apreciación a los aludidos principios y para ello el juzgador debería ordenar siempre la indemnización plena, aun sin pretensiones o que habiéndolas éstas sean completas o defectuosas, eso sí mediando pruebas pertinentes y conducentes, salvo cuando operen las presunciones, sin duda son definitivos los

mandatos superiores enunciados porque se encaminan a garantizar la justicia, la equidad y la eficacia de que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

No faltarán aquellos que sostengan la prevalencia del principio de congruencia de la sentencia, no pudiendo omitirse el principio de legalidad para darle cabida y ordenar el pago de perjuicios no solicitados en la demanda o pedidos de manera confusa, porque entonces eso sería caótico y no podría haber puntos fijos para el pronunciamiento judicial. Sin embargo, esta objeción se cae, porque todos los sujetos procesales debemos de tener como infranqueables los principios relacionados al lado de otros, apuntando siempre a la defensa de la justicia y la equidad.

Si nos colocamos frente a los postulados superiores y legales distintivos de la Constitución de la República previstos en el Art. 1, 169, 424 prevalecerán los primeros sin lugar a dudas. De igual forma, no olvidemos que aparte de ser puramente legal la congruencia, esta es anterior a los valores supremos citados y consignados en la Constitución vigente, ella, la congruencia no puede ir en contra de los mandatos constitucionales.

Es de especialidad en materia de derecho de daños que operen las famosas pretensiones implícitas que son aquellas que se entienden incorporadas a la demanda a raíz de otras, y por ser así, no habría jamás en este campo sentencias ultra o extra petita, porque el juzgador tiene la obligación de propender la reparación integral, solicítese o no en sus pretensiones.

De igual forma, estarán quienes sostengan que no hay competencias implícitas, ya que los jueces se someten solamente al imperio de la ley, empero la competencia justamente consiste en administrar justicia, proveyendo la reparación integral, y haciendo prevalecer el derecho sustancial acompañado de la tutela judicial efectiva, que es propia de la efectividad de los derechos.

La enmienda integral o absoluta de los daños debe ser el anhelo, de todos los agentes de la justicia, aunque se debe tener en cuenta que hay daños que no pueden ser remediados nunca íntegramente.

La reparación total es la *restitutio in integrum* siempre y cuando resulte viable, pues la indemnización pecuniaria es siempre aproximada, nunca exacta.

Entre los factores que pueden influir en esta, se encuentran las diferencias entre valor y precio, la multitud de aspectos inmateriales, como el valor efectivo o el moral, también cabe la posibilidad de que nazcan conflictos para probar el daño emergente y

el lucro cesante. En ocasiones se ha empleado para esto el método estadístico que puede ser muy aproximado en grandes cantidades, pero impreciso en el caso individual.

El intento de resarcir totalmente un daño no es un buen punto de partida para los daños que han sufrido bienes imposibles de valorar, esto puede suceder porque sean aptos de trato jurídico y no pueden reponerse, porque son daños cuya naturaleza no admite una evaluación objetiva. Un ejemplo de esto, es una joya donde se une su valor material o real en el mercado con el sentimental, este último es imposible de valorar.⁵⁹²

Todo esto ocurre con los daños causados en los bienes de la personalidad, corporales y morales, estos no tienen un valor aproximado, por lo tanto, no pueden ser resarcidos en su totalidad, por lo que la indemnización será lo que se conoce como *in concreto*, pues no puede valorarse de forma matemática, por tanto, su reparación nunca será integral.

2.1. Compensación de lucros y daños

En este punto se establece si ingresa o no en el sistema de la indemnización, los posibles lucros o ventajas conseguidas por el otro que produzcan distinto resultado, como puede ser el seguro o la prestación de la seguridad social, o incluso que se hayan obtenido atribuciones patrimoniales gratuitas.

La regla que debe dominar en este caso, es la disminución de la indemnización, en la medida en que el afectado no puede disfrutar de una ventaja, esto se adapta solo a los casos en los que lucros y daños poseen un origen común y están eventualmente conectados. Los lucros deben presentar la misma naturaleza. En otro supuesto, el juicio de lo que implica un beneficio para el perjudicado puede tener carácter subjetivo. Vicente⁵⁹³ analiza de manera flexible el requisito de la relación causal que existe entre ventajas y daños y ve de manera más estricta con el de la naturaleza, puesto que no solo sería objeto de discusión, sino también resultaría injusto que la persona afectada obtuviera en concepto de lucro cesante, por ejemplo, la totalidad del salario dejado de percibir y en cambio por parte de la seguridad social recibe una prestación por invalidez.⁵⁹⁴ Igualmente debe decirse que la víctima puede ser objeto de indemnizaciones por varias vías, hasta tanto le repare la totalidad del daño sufrido.⁵⁹⁵

⁵⁹² *Ibíd.*, 86.

⁵⁹³ Vicente Domingo, *Los daños corporales: Tipología y valoración* (Barcelona: Bosch, 1994), 283.

⁵⁹⁴ *Ibíd.*, 286.

⁵⁹⁵ *Ibíd.*, 430.

2.2. El *Quantum indemnizatorio*

Cuando la reparación se realiza de manera pecuniaria, pueden aparecer varias dificultades al sobrevenir de los daños, puesto que estos pueden ser de mayor o menor entidad que los que al inicio fueron objeto de valoración y que al transcurrir el tiempo esto influya en la valoración de las afectaciones que experimente en la persona afectada por lo que se deben tomar diferentes criterios, a efecto de lograr que la reparación sea lo más justa posible.

Por otro lado, la pérdida del valor adquisitivo, o sea en dinero, del valor que el afectado hubiera invertido para reparar a su costa lo dañado, debe tomarse en cuenta en la indemnización, además tanto el interés como la depreciación, constituyen parte de los daños sufridos por la víctima, para estimar estos daños de manera certera es necesario pensar en lo que hubiera tenido lugar sino hubiera ocurrido el daño.

Entre los aspectos que incide en la valoración cuantitativa del daño es la desvalorización monetaria en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, fundamentalmente cuando resulta imposible resarcir de manera forma específica, por lo que por parte del Juez debe tomarse en cuenta la devaluación monetaria que se produce posterior a los acontecimientos perjudiciales y el de la liquidación. Al respecto se plantea que la calificación de tales deudas es de valor y no de dinero, tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia.⁵⁹⁶

2.3. Resarcir y compensar el daño al proyecto de vida *compensatio lucri cum damno*

La indemnización por el daño causado mediante el dinero resulta esencial en estos casos por lo que el cálculo de las variables es la que se emplea para beneficiar a las víctimas.

La determinación de los beneficios (*compensatio lucri cum damno*) se sustenta en la definición de daño. La *compensatio lucri cum damno* es un modelo basado en que al realizar el avalúo el daño patrimonial, se descuenta de los perjuicios aquellas consecuencias favorables para de esta forma obtener una determinación más precisa del valor a que asciende el daño, bajo el principio de reparación integral.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ *Ibíd.*, 433.

⁵⁹⁷ “La apreciación del daño en cada caso exige la determinación prolija, no solo de las consecuencias perjudiciales, sino también de las benéficas que hayan podido surgir del mismo acto (incumplimiento o acto ilícito), de cuya confrontación, habitualmente designada *compensatio lucri cum damno*, habrá de resultar la existencia de daño efectivo, o incluso, la ausencia de daño”. CNAC, sala A,

El colocar los perjuicios de un lado y los aspectos favorables en otro permite que aparezca un excedente que no es más que el daño efectivo o la inexistencia de daño, dicha figura se denomina *compensación de beneficios*,⁵⁹⁸ la cual entra en el mismo cálculo del daño, a diferencia de Fischer y Tale, quienes ubican a la cuestión en la teoría del daño, específicamente dentro de los requisitos del daño resarcible.⁵⁹⁹

En ese sentido, el juzgador aplica la *compensatio lucri cum damno* como cuestión de estricto derecho cuando queda demostrada la existencia de beneficios especiales, por otro lado, esta figura jurídica, no puede dejar nunca, como compensación, algún excedente a favor del demandado; solo puede ocurrir que no se le reconozca el derecho al demandante, por comprobarse que no existió daño alguno no comprobarse la existencia de un perjuicio. Lo antes expuesto demuestra que la *compensación de beneficios* es diferente de la verdadera compensación. Se debe destacar que para que exista *computación de beneficios*, debe existir un nexo causal con el hecho que dio lugar a la correspondiente indemnización, y que tanto el beneficio como el perjuicio surjan del mismo hecho del que emerge la responsabilidad.

Luego de definir la *compensatio lucri cum damno* debe analizarse el principio de la reparación integral, que trae consigo colocar a la persona afectada en una situación igual o semejante a la que estaba antes de ocurrir el daño.⁶⁰⁰ Se debe apuntar que en busca de la reparación no se debe enriquecer ni empobrecer a la persona afectada, motivos por los cuales luego del hecho se valoran tanto perjuicios como beneficios los que deben cumplir con la causalidad y deben ser objeto de compensación para establecer una reparación verdaderamente justa.

“No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias perjudiciales derivadas de un hecho supera aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce. [...]”. “[...]La compensación de beneficios propiamente impide que aquel (el acreedor) se lucre indebidamente[...]”.⁶⁰¹

11/11/1994, La Cañada S. A. c. Marathon Petroleum Argentina Ltda. Consultada en 8 de abril de 2019 en <http://www.derecho.uba.ar>.

⁵⁹⁸ *Ibíd.*, 447.

⁵⁹⁹ Fischer expresa que “No puede decirse que existe daño, sino cuando la suma de las consecuencias perjudiciales derivadas de un hecho supera aritméticamente a la totalidad de los beneficios que produce”.

⁶⁰⁰ Código Civil Argentino, artículo 1083: El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero

⁶⁰¹ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 57.

Para Zannoni la *compensatio lucri cum damno* está formado por el daño el que provoca en la persona un sufrimiento como resultado de un acontecimiento determinado. Otro elemento es el beneficio que es cualquier ventaja que se obtenga de tipo material por el afectado a causa del hecho que dio lugar a la responsabilidad civil, estas pueden ser en dinero o en un ahorro de gastos; deben ser ciertos, no eventuales ni conjeturales y estar directamente relacionados con el hecho que genero el daño y por último la compensación vista como el modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras.⁶⁰²

Por otra parte, se conceptualiza al *compensatio lucri cum damno*, como una manera precisa de realizar el avalúo del daño efectivamente sufrido, una designación algo equívoca y que suele determinar desinteligencias, pero que, bien entendida, ofrece las ventajas de ser expresiva y tradicional.⁶⁰³ Es necesario destacar que, si el acreedor no reclama que se le reparen por los daños, el deudor tampoco puede hacerlo por el enriquecimiento obtenido por el acreedor como resultado de los beneficios que se produjeron a partir del hecho ilícito. Por tanto, no existen dos actos diferentes solo se busca poder avaluar de forma correcto el daño ocasionado.

En tal virtud, el afectado no tiene que indemnizar al autor del hecho ilícito en caso que los lucros sean superiores que el daño sufrido, en este supuesto no existe daño alguno tomando en cuenta que su valuación resultaría negativa.⁶⁰⁴ Es necesario proponer que la relación de causalidad constituye un requerimiento tácito tomando en cuenta que para Bustamante es una relación externa que existe entre el perjuicio y el hecho de la persona o de la cosa, por lo que el daño a reparar debe vincularse *causalmente* con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción.⁶⁰⁵

En resumen, tanto el beneficio como el daño, deben estar en igual relación de causalidad y por tanto los resultados que deben ser valuados deben dárseles el mismo

⁶⁰² Definición de la 22ª. ed. del diccionario de la Real Academia Española versión digital obtenida de www.rae.es.

⁶⁰³ Alfredo Orgaz, *El daño resarcible (actos ilícitos)* (Córdoba: Marcos Lerner, 1992), 186.

⁶⁰⁴ “La compensación puede implicar que el daño neto se reduzca y hasta que desaparezca, pero atinadamente se niega que la víctima del daño deba indemnizar al autor en el caso de que el lucro haya resultado superior al perjuicio”. Jorge Horacio Alterini, *El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 1.

⁶⁰⁵ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997), 32.

tratamiento que el que se le da al daño,⁶⁰⁶ calculando las consecuencias beneficiosas que cumplan los requerimientos que regule la normativa para el daño. Siguiendo los lineamientos legales, deben ser descontados solo hasta los beneficios que resultaron consecuencias mediatas del hecho cuando se trate de responsabilidad aquiliana, e inmediatas en los casos de responsabilidad contractual, sin perjuicio de que esta diferencia en la práctica tiende a desaparecer. En este aspecto se expresa: “No hay razón para que se fije un límite a la relevancia jurídica de la causa respecto del daño y no se fije también un límite con relación al lucro, ya que lo equitativo es precisamente lo contrario, que el mismo límite subsista para ambos”.⁶⁰⁷

2.3.1. A *ratione personae* su adaptación a la reparación integral

Entonces ¿Cómo resolver el dilema, entre el derecho a la reparación y que todo el dinero es poco para restituir una vida? Siempre será simbólico, porque la vida ya no está, ya se ha perdido. Es irreparable. Sofía Macher, presidenta del Consejo de Reparaciones, Perú.⁶⁰⁸

Ante lo planteado, tanto los órganos de justicia internos como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), han definido medidas reparatorias de conformidad con la violación, el impacto que han causado, las circunstancias bajo las que ha tenido lugar, las alegaciones de las partes y las opiniones jurídicas sustentadas en la jurisprudencia. Dichos criterios son de vital importancia a pesar de que al intentar definirlos aparecen diferentes problemas entre los que se encuentran que la corte es un órgano jurisdiccional de carácter internacional y por tanto no tiene potestad para determinar acciones en el orden interno. Igualmente, no todos los conflictos de interpretación en el manejo de la reparación resultan prevenibles y que la reparación por parte del Estado, debe traer consigo una modificación de la actitud y el trato frente a la víctima, y no que se comporte de manera mecánica cumpliendo determinados indicadores.

Otra de las dificultades para lograr la reparación integral es la ejecución de las sentencias, puesto que en la realidad se presentan problemas para lograrlo, algunos de los cuales pueden minimizarse si se definiera lo relativo a la etapa previa. Entre ellos están:

⁶⁰⁶ Orgaz, enseñaba que: “En términos más breves, la conexión causal que debe existir entre el acto ilícito y el daño indemnizable debe asimismo existir entre aquel y el beneficio a compensar”, *ibíd.*, 256, 188.

⁶⁰⁷ Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 54.

⁶⁰⁸ *Ibíd.*, 182.

- a) La existencia de diferentes interpretaciones de las medidas de las partes;
- b) El nivel de los recursos con que se cuenta para desarrollarlas; y
- c) La forma particular en que se desarrolla la medida de reparación.

Dichos aspectos pueden contribuir a mejorar la eficacia de la reparación o en sentido contrario general nuevos problemas, en dependencia del punto de vista en que se vea. En virtud de lo expuesto resulta oportuno analizar algunas ópticas sobre el asunto. Miembros de la CIDH y peticionarios, poseen la opinión de que existan criterios específicos que definan claramente las reparaciones lo que permitiría tomar mejores decisiones.

Ayudaría mucho tener criterios más específicos que puedan permitir una evaluación más rigurosa sobre la base de la información que nos proporciona. Eso como comentario general, pero traducido ya en aspectos más específicos, sigue siendo un tema muy difícil. Juez García Sayán.⁶⁰⁹

El problema de expresar criterios más claros se relaciona con lo que se disponga en la sentencia y las razones relativas a la valoración de los casos y al grado de armonía que debe existir entre el hecho y el monto de las indemnizaciones.

Pero cuando se presenta el caso, las cosas ya no son iguales; una cosa es un caso en que perdió la vida una persona, otra es el caso en que perdieron la vida cien personas. La vida es la misma, sin embargo, las características de la agresión son distintas. Es conveniente que la Corte siga dando pasos adelante para tener decisiones más claras como las que ha logrado: que es daño material, que es daño inmaterial, que es lo que hay que reparar, que queda fuera de la reparación, si hay que pagar o no hay que pagar costas, etc., Juez García Ramírez.⁶¹⁰

Aunque cada caso presenta sus especificidades, aunque se vulnere el mismo derecho, la corte debe empelar una técnica para valorar que unifique tanto las demandas, las pretensiones de los afectados y las consideraciones del *order public* interamericano, cuidando las diferencias de cada situación.

La corte debe argumentar al imponer las medidas reparatorias y, en especial, en aquellos casos que se dispongan indemnizaciones por concepto de daño inmaterial, pero sin llegar a mecanizar de forma tal que parezca que se están tasando los derechos. El imponer reparaciones eficaces es elemental, tomando en cuenta que se van a imponer obligaciones al Estado quien debe contribuir a modificar positivamente su relación con las víctimas. A los órganos jurisdiccionales les corresponde asegurar en cada proceso la

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, 183.

⁶¹⁰ *Ibíd.*

aplicación del método jurídico y al Estado tomar conciencia de su posición como ente encargado de hacer valer y salvaguardar los derechos de las personas.

La integridad reparatoria implica la reparación holística, completa. Se basa en que se repare el daño totalmente, como se ha dicho, mediante ella no se enriquece, ni se empobrece a nadie.

Esta constituye un principio teleológico puesto que es el fin que compensa la responsabilidad civil. De conformidad con el principio (*restitutio in integrum, compensatio in integrum, reductio ad integrum, integra restitutio*), se llega a una reparación que responda proporcionalmente por los daños sufridos (consecución de la indemnidad), tanto en el ámbito personal como patrimonial.

El principio de reparación integral se ilustra claramente mediante la expresión francesa⁶¹¹ *debe repararse el daño, todo el daño y nada más que el daño...*⁶¹² (*le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*), ni más ni menos (*tout le préjudice et rien que le préjudice; pas plus, pas moins*).⁶¹³ La indemnización no debe producir pérdida ni provecho (*ni perte, ni profit*).⁶¹⁴

La misma puede verse vulnerada tanto por defecto como por exceso, lo que implica que la indemnización debe ser proporcional al perjuicio.⁶¹⁵ Se asegura que la indemnidad total es tanto el objetivo como el límite de la responsabilidad civil, ya que mediante esta se repara el daño padecido, a su vez se evita un lucro sobre restaurador que traiga consigo un beneficio que resulte contrario a su esencia conmutativa.

Se recoge los dos subprincipios en los que se sustenta la reparación integral que, desde una óptica negativa, trae consigo la interdicción de un lado, de cualquier

⁶¹¹ Jean Gastón Moore y André Toulemon, *Le préjudice corporel et moral en Droit commun, études pratiques et théoriques. Jurisprudence et méthodes d'évaluation* (París: Edit Sirey, 1968), 115.

⁶¹² *Ibíd.* 122.

⁶¹³ Yvonne Lambert-Faivre, "La victime d'un dommage corporel et son avocat", *Gazette Palais* (1999): 5. Según resalta Ignacio Rodríguez Fernández, en el estudio que en la actualidad está realizando sobre el principio de la integridad reparatoria, la expresión del "*ni más ni menos*" fue de autoría de Tomás de Aquino, *Comentario de la Ética de Nicómano* (Pamplona: Estudios Universitarios de Navarra, 2010), 289. De quien la tomó, Domingo De Soto (*De Iustitia et iure*, 1556, Edición facsimilar versión castellana de Marcelino González Ordóñez, introducción de Venancio Diego Carro (Madrid: DLM, 1967). Estas son sus palabras: "Cada uno está obligado a restituir [...] el daño que ocasiono a otro [...] porque sufrir un daño [...] es tener menos de lo que debía tenerse; y quien ha quitado a otro alguna cosa [...] está obligado a devolver otro tanto (*tantusdem*) de lo que quitó, ni más ni menos (*nec plus, nec minus*), [...]. Quien quita a otro lo que poseía en acto, está obligado a compensarlo con su equivalente. [...]. Quien ocasiona daño a otro en [...] lo que [...] posee [...] solo en potencia [...] está obligado a repararlo [...] en proporción a dicha potencia, [...] teniendo en cuenta [...] las condiciones de las personas y de los negocios ... "(Libro 4, Cuestión 6, Artículo 5, 355). Destaca la consistencia del principio de integridad, véase que incluyen los daños presentes/ pasados (*actu*, "en acto") como los futuros (*potentia*, "en potencia"). *Ibíd.*, 423 y 122.

⁶¹⁴ Philippe Tourneau, *La responsabilité civile* (París: Dalloz, 1982), 345.

⁶¹⁵ Yves Chartier, *La réparation du préjudice* (París: Dalloz, 1996), 44-8.

suplicación resarcitoria (reparación única del mismo daño) y de otro, la de cualquier parcialidad resarcitoria (reparación suficiente y proporcionada).

La responsabilidad civil posee una función reparatoria – reequilibrante y por tanto ante un daño su responsable-, debe asumirlo con todas las consecuencias perjudiciales que trae consigo. Dicho principio es finalista y se ve desde dos puntos de vista: cualitativo que incluye todo tipo de afectación, ya sea patrimonial, extrapatrimonial o personal y cuantitativa que se refiere a todo el daño.

Se debe señalar que cuando se está frente a un daño material, el principio se aplica a través de la equivalencia es decir, se compensa de forma simétrica (*restitutio, repensatio, redditio, in equivalenti*)⁶¹⁶ a la que le corresponde la técnica del restablecimiento del *status quo ante* o sea llevarlo a como estaban con anterioridad al daño y en el caso de daños a la persona, el *tantesdum* se pronuncia a través de mecanismo de la satisfacción (*satisfactio-satisfactio pecunia*); mediante de una compensación imperfecta o asimétrica que se desarrolla a través de la técnica de un consuelo sustitutivo (*consolatio* frente a la *desolatio*) razonable.

La integridad reparatoria como principio normativo se traduce a que la persona afectada posee derecho a su consecución que es en la materia civil hacer valer el derecho a la integridad personal y, caso de fallecimiento, familiar. Dicho principio resulta esencial, al respecto Chabas,⁶¹⁷ planteó en el año 2000 que el progreso de la figura de la responsabilidad civil ha estado marcado por el perfeccionamiento de la reparación integral y la lucha contra los efectos de la depreciación monetaria.⁶¹⁸

2.3.2. Evolución compensatoria y sus límites

La reparación de daños no puede llegar a ser una fuente de lucro en beneficio de la persona dañada por lo que resulta necesario establecer medidas de reparación certeras y proporcionales.

Resulta necesario tener en cuenta los denominados elementos relevantes para la determinación del contenido del daño resarcible identificados por Adriano de Cupis⁶¹⁹

⁶¹⁶ *Restitutio debet ex isuticia conmutativa; restitutio fieri debet at equitatem iusta rei estimatitionem*, Mariano Bonacina, *Opera de morali theologia*, Lugdini, 1646; cita toma de Alberto Donati, *Danno non patrimoniale e solidaritate: I ilimite della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei Supreme Collegi* (Padova: Cedam, 2004), 144.

⁶¹⁷ *Cens ans de responsabilité civile*, GazettePalais 236-237, agosto de 2000, *Doctrine*, ap, 84, 2-35, versión española; François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, traducción y notas de Mauricio Tapia Rodríguez (París: Dieren, 2004). 90-3.

⁶¹⁸ Se trata en rigor, de un solo fenómeno porque el segundo se inserta en el primero, al constituir el valorismo una exigencia ineludible de la reparación completa.

⁶¹⁹ *Ibíd.*, 327.

tomando en cuenta que puede suceder que de la valuación del daño resulte que el daño sufrido por la víctima ha disminuido de forma proporcional de acuerdo a una ventaja obtenida, por aquella, en función del mismo hecho dañoso. Esto es lo que lleva a computar la tradicionalmente y antes citada llamada *compensatio lucro cum damno*.

Se debe señalar que reparar no es compensar desde el punto de vista técnico, puesto que en dicho caso el afectado no opone un crédito por los daños contra quien le causó el daño y este un crédito correlativo contra aquella por los beneficios que en razón del hecho ilícito o del incumplimiento contractual, ha obtenido.

Apunta Orgaz,⁶²⁰ el término *compensación* está tomado en forma general; de la compensación que consiste en la confrontación y cálculo tanto de las consecuencias favorables como desfavorables producidas por el acto ilícito, la cual impone el concepto mismo de daño y que el Juez en el proceso está facultado de oficio a hacerlo.

La normativa jurídica actual, no se refiere específicamente al *compensatio lucro cum damno*, sin embargo, su valor es incuestionable y resulta de la misma noción jurídica del daño. La persona afectada objeto de compensación no necesita de una disposición jurídica que lo establezca puesto que esta nace de un proceso natural que conllevará a que se determine el daño a resarcir. Resulta necesario analizar la *disminución del contenido del daño*⁶²¹ en el que deben concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Los beneficios deben provenir del mismo hecho que dio lugar al daño, lo que implica que el acto ilícito es la causa para obtener la correspondiente ventaja o beneficio y en consecuencia para exigir el resarcimiento del daño;
- b) Que el beneficio reconozca en el hecho la legitimidad para su obtención; dicho requisito se enuncia bajo la concepción de que el hecho ilícito es la premisa adecuada y no la ocasión de los beneficios;⁶²²
- c) Que la compensación de beneficios resulte alegable, o sea que las ventajas no provengan de una causa ilegal, puesto que al mostrarse oposición por parte del autor del hecho ilícito traería consigo asumir la alegación de la propia torpeza.

⁶²⁰ *Ibíd.*, 447, 186.

⁶²¹ Cupis define la *compensatio* como “la disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro (ventaja) o en otras palabras la reducción del monto del daño resarcible por la ocurrencia de un lucro. “En Cupis, *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 165.

⁶²² *Ibíd.*, 253; también al respecto Orgaz dice sostener que lo contrario implicaría caer inevitablemente en “enriquecimiento ilícito” del responsable, quien obtiene o una liberación o una reducción de su deuda por circunstancias que le son absolutamente extrañas y que no han sido restablecidas a su favor.

Orgaz ejemplifica esta circunstancia con el enriquecimiento del cómplice de la simulación ilícita que se niega a restituir lo que recibió del autor de la simulación.

Por otro lado, se debe retomar el análisis concerniente al enfrentamiento clásico que existe con respecto a la tesis basada en el carácter resarcitorio de la indemnización por daños morales y la que asegura que dicha indemnización posee un carácter punitivo. Sobre dicho asunto existen varias consecuencias interpretativas, entre ellas, que el alcance de la obligación a reparar: Dicho particular da lugar a los mayores conflictos, teniendo en cuenta que, si este fuese un delito, la obligación de reparar incluye tanto la indemnización de pérdidas e intereses como el agravio moral que dicho tipo penal causó a la víctima, afectando su seguridad personal, el disfrute de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.⁶²³

En este orden y dirección, la primera concepción se relaciona con la naturaleza de la reparación del daño moral, la cual, a su vez, se sustenta en tres opiniones fundamentales: que la reparación solo procede cuando el autor haya obrado con dolo y cuando el acto ilícito de carácter civil constituye un tipo penal. El segundo, se basa en que el daño moral resulta resarcible en aquellos y en los hechos ilícitos civiles, cuando exista una sanción penal. Esta opinión doctrinal es predominante porque hace extensiva la reparación a los actos ilícitos culposos si están tipificados en la norma penal y un tercer criterio soportado en que cuando existe daño moral procede el resarcimiento en los actos y hechos ilícitos, constituyan o no delito. Este último criterio afianza que la reparación del daño moral es de carácter resarcitorio a diferencia de las dos primeras que reconocen su carácter punitivo.

Por otra parte, una segunda opinión soportada en la distinción entre daño y agravio moral, cuyo sustento está dado en que el daño moral incluye toda afectación a los sentimientos que se manifiesta a través del dolor que la víctima padece, es un daño intencionado.⁶²⁴ Para Llambias,⁶²⁵ en aquellos casos donde esté presente la responsabilidad contractual, solo se considera resarcible el *agravio moral*, pero no aquel *daño moral* que se causa sin que medie intención. Por lo que judicialmente el agravio moral corresponde al daño intencionado o doloso del deudor. Los incumplimientos

⁶²³ *Ibíd.*, 253.

⁶²⁴ *Ibíd.*, 48, 350.

⁶²⁵ Jorge Joaquín Llambias, *Tratado derecho civil obligaciones* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 172.

contractuales que estén basados en la intención, los ilícitos dolosos y los no culposos, generan la obligación de resarcir por concepto de daño moral.

La tercera opinión doctrinal se refiere a la intransmisibilidad de la acción resarcitoria, basada en que dicha imposibilidad de transmitir el resarcimiento tiene su origen en el carácter punitivo que posee este tipo de acción, al respecto Llambias⁶²⁶ expone que la persona afectada es el único titular para solicitar que se imponga una sanción a su ofensor. Si la acción fuera de tipo resarcitoria, no existiría esta condición de intransmisibilidad. No obstante, un segmento de la doctrina afirma que dicha condición no depende del carácter resarcitorio o punitivo sino de las circunstancias del hecho de vulnerar un derecho de la personalidad, que es por naturaleza, intrasmisible.

En ese sentido, cuando la víctima fallece y ya está entablada la acción, transmite el *contenido patrimonial* del resarcimiento a su sucesión, cuyos herederos darán continuidad a la acción presentada.

Otro de los criterios a analizar está encaminado a la fijación de la cuantía por concepto de reparación. Sobre dicho particular existe gran polémica y diferentes puntos de vista. La tesis punitiva considera que la cuantía de la pena es proporcional a la gravedad del acto ilícito, a la personalidad y a las circunstancias del ofensor incluyendo dentro de esta los recursos económicos y su patrimonio.⁶²⁷ En cambio, la teoría resarcitoria considera que la medida de la indemnización está en relación con la magnitud del daño, en este postulado está la esencia de la reparación del daño moral, puesto que ambos aspectos o sea la gravedad del acto ilícito y la magnitud del daño se unifican al establecerse la cuantía del resarcimiento.

Otra de las opiniones está referida a la subsistencia o caducidad de la acción en el supuesto que el autor del daño muera. En cuyo caso se considera una consecuencia relevante que conlleva a distinguir ambas concepciones. Primeramente, si la reparación por concepto de daño moral constituyera una sanción para el ofensor, la acción se extinguiría si fallece antes de que se le haya impuesto la pena y en el caso de una condena privada, se extingue con la muerte del autor el derecho a su imposición y no se actúa contra sus herederos, lo que resulta diferente a lo que sucede cuando se causan daños patrimoniales.

Se debe subrayar que la justicia correctiva se relaciona con lo referente a daños y a la imposición de la pena, cumple objetivos resarcitorios al sistema de responsabilidad

⁶²⁶ *Ibíd.*, 340.

⁶²⁷ *Ibíd.*, 343.

civil, su misión fundamental es actuar con posterioridad al daño jurídico obligando al responsable a pagar la indemnización correspondiente en proporcionalidad con el daño. Para la víctima, la indemnización obtenida debía constituir la reparación del daño padecido, aunque lo fuera de modo ficticio.

No obstante, la reparación no siempre resulta razonable y justa, aun cuando la víctima se sienta reparada.

La doctrina afirma que el objetivo del derecho de daños es corregir aquellos actos injustos ya pasados y no prevenir la conducta de quienes causan el daño o la compensación a las víctimas.

Muchos criterios relacionan la reparación con la condena, es decir que causado el daño, su autor debe ser sancionado y en consecuencia la víctima debe recibir la indemnización que corresponde, además la suma que cancele el autor del daño, debe corresponderse con el daño causado y a lo que cobra la víctima.⁶²⁸ Este último elemento considerado identidad corresponde *al pago que realiza el dañador= cobro que perciba la víctima= monto del perjuicio*) se entiende, por cierto, solo como una aspiración general de sistema.⁶²⁹

Sin embargo, se admiten alteraciones que pueden cambiar esta identidad, entre las que se encuentran el denominado juego de las *astreintes*⁶³⁰ en el derecho continental, los *punitive damages* en el *common law*, referidos a las tarifas, a las reducciones de equidad y el efecto que generan los seguros y los fondos de garantía que producen que lo que paga el autor del daño no se corresponda en todos los casos, con el monto equivalente a la lesión ocasionada, que perciba la víctima.

A pesar de las concesiones planteadas, un segmento doctrinal considera debe proponerse un límite que se suele relacionar a lo resarcitorio o compensatorio y resulta cercano a la noción de justicia correctiva,⁶³¹ puesto que establece un vínculo entre dañador y víctima, además tiene en cuenta aspectos provenientes del orden moral o político y un componente condenatorio dirigido a una concepción de aflicción. Es importante destacar que la función resarcitoria solo se limita a las indemnizaciones que debe recibir la víctima del daño.

⁶²⁸ *Ibíd.*, 236, 184.

⁶²⁹ Anibal Alterini, *Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad* (Buenos Aires: Lecciones y ensayos, Mrs.- 72/73/74, 200)

⁶³⁰ La aplicación de las *astreintes* puede conducir a que el damnificado reciba y el dañador (pague) un monto mayor al daño jurídico sufrido y que esa circunstancia no es disvaliosa.

⁶³¹ Aunque a algunos pudiera parecer inconsciente, la existencia de factores objetivos de atribución también se suele justificar por una parte de estas corrientes sobre bases de justicia correctiva.

Con respecto a la reparación el derecho continental utiliza una definición amplia que comprende la subdistinción que existe entre reparar en especie y por equivalente, a pesar que estas no son únicas, pueden realizarse muchas más.

Por ejemplo, en el orden extrapatrimonial, cuando se producen lesiones graves a la persona, tal parece que es poco atinado pensar que una determinada cantidad de dinero sustituya el daño causado, sin embargo, se considera razonable, cuando la afectación se causó a bienes que se pueden adquirir fácilmente en el mercado. Sin embargo, el derecho de daños procede a resarcir más que otro cuando la *aplicación de ese sistema determina un valor esperado*⁶³² *de indemnización a percibir superior al sistema alternativo con el que se lo compare.*⁶³³

Según las pautas expuestas, un sistema hipotético, que estableciera que los daños que se produjeran un día y hora determinados en una cierta ciudad, deberían ser compensados por la persona física o jurídica de mayor patrimonio, sería, muy probablemente más resarcitorio, en estos términos, que cualquier sistema de los conocidos. Más allá de las pautas que las normas adopten para imponer la obligación de indemnizar, en los hechos es frecuente que el responsable no reúna la solvencia necesaria a la hora de afrontar esa indemnización y que, por ello, esta termine sin ser pagada por el responsable, ni cobrada por el damnificado. En términos kelsenianos, la atribución de responsabilidad determina un deber, mientras que el efectivo pago es una cuestión concerniente al campo del ser, y ambos no tiene por qué coincidir y muchas veces no lo hacen. Si el responsable es más rico se incrementa la posibilidad de que la víctima perciba resarcimiento.

El derecho de daños determina un responsable basado en condiciones distintas de su mera riqueza. Dicha condición es importante en lo relativo a las propuestas de extensión de responsabilidades indirectas, así como en la creación de fondos de garantía y en la imposición de seguros obligatorios.

Resulta poco probable que los defensores de dichos instrumentos estén de acuerdo en crear un sistema basado en que una persona, solo por ser adinerada, deba asumir un daño con el cual no estuvo vinculado causalmente ni exista otra relación con respecto a él. La propuesta del ejemplo planteado no está dirigida a la defensa de dicha

⁶³² El concepto de *valor esperado* conjuga *probabilidad y monto*. Así si existe una probabilidad de 0,5 (50 %) de percibir \$ 100.00 el valor esperado será allí de USD 50,00. Luego se puede pensar en valor esperado agregado (la suma de los valores esperados que se perciban por todas las indemnizaciones) o en el relacionado con una sola indemnización.

⁶³³ *Ibíd.*, 236, 185.

posibilidad sino se encauza en identificar y discutir aquellos elementos que hacen que un sistema resulte más resarcitorio.

Puede ser objeto de cuestionamiento el hecho de delimitar si un sistema de derecho de daños resulta más resarcitorio que otro, cuando dicha reparación no se relaciona a otras razones. Si no existe algún argumento político o moral que vincule la reparación de determinados hechos y no a otros. ¿Por qué un sistema sería mejor o peor, más resarcitorio que uno menos resarcitorio?

Al igual que acontece con las funciones que se ocuparán en lo sucesivo, no se trata aquí de suponer que una función defina exclusivamente el valor de un sistema de derecho de daños, sino de pensar que probablemente contribuya a ese valor. Puede pensarse, por ejemplo, en dos modos posibles de construir las instituciones de la responsabilidad por daños, que por todas las demás circunstancias se consideren igualmente valiosos, pero que difieran solo en ese aspecto. En estas circunstancias, es posible suponer que la función resarcitoria diferencial de ambos sistemas puede definir su preferencia en uno u otro sentido.

Se puede discutir cuales son los mejores procedimientos tendientes a prever sus consecuencias, pero parece importante, en todo caso, intentar preverlas. Ello, aunque la relación del sistema con tales efectos sociales (el hecho de que los favorezca o no) no alcance, de modo aislado, para definir el valor del sistema. En palabras de Dworkin,⁶³⁴ en el aspecto en discusión se relaciona con un componente del valor del sistema de derecho de daños y no es el único determinante de su valor. Para que un sistema sea más o menos resarcitorio incluye en el campo de la causalidad aun con cierta elasticidad en la apreciación de sus límites sin tratar la incidencia de otros elementos. Se podría pensar, por ejemplo, que los sistemas basados en factores objetivos resarcan mejor (incrementan más la función de resarcimiento) que aquellos que adoptan factores subjetivos de atribución, cuyo factor depende de un elemento (el factor de atribución de responsabilidad).

2.3.3. Silogismo vs. proporcionalidad en el resarcimiento

Como se ha analizado la reparación es un grupo de medidas encaminadas a la restitución de los derechos y a reparar a las víctimas, además promueve reformas de carácter políticas para impedir la repetición de las vulneraciones. Dichas medidas tienen como objetivos: colaborar con las víctimas para mejorar su situación, a enfrentar las

⁶³⁴ Ronald Dworkin, "¿Is Wealth a Value?", *The Journal of Legal Studies*, 9, n. ° 2 (1980): 191.

consecuencias negativas de la violencia para de esta manera reconocer sus derechos y su dignidad humana y manifestar solidaridad con las víctimas para lograr el restablecimiento de su seguridad y confianza en las instituciones y la sociedad en general.

La reparación o resarcimiento debe verse desde una óptica legal en los casos en que, por causa del daño, se produce una pérdida irreversible. Nada puede sustituir a un familiar fallecido o reparar el dolor de las víctimas. La reparación se refiere a aquellos problemas sin solución, y a su vez a la necesidad comprometerse para restituir los derechos tanto de las víctimas como de sus familiares, enfrentar las consecuencias de las violaciones y promover la reinserción a la sociedad de estas. En dicho proceso el acercamiento del Estado a las víctimas es fundamental.

Se debe plantear que la reparación no pretende colocar a la víctima en una posición inicial o sea anterior al daño, cuando la realidad de esta estaba particularizada por actos discriminatorios y manifestaciones de exclusión política o social.

Se busca encauzar el tema en el pleno ejercicio de sus derechos, para la persona afectada la reparación debería ser muestra de los esfuerzos estatales para remediar el daño que ha padecido, por lo que es necesario progresar en los criterios para lograr que el resarcimiento sea positivo y se adapte a las necesidades de las personas dañadas y en su cumplimiento efectivo. La reparación constituye una oportunidad para el Estado de reinsertar a las víctimas en la sociedad y prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones en el futuro.

Acerca del derecho a la reparación, Rousset⁶³⁵ afirma que la Corte IDH identifica las siguientes aristas:

- a) La *restitución*, que se encamina en restablecer la situación anterior de la persona afectada. Comprende el restablecimiento de derechos, el retorno a su lugar de residencia, así como la devolución del empleo y bienes.
- b) La *indemnización* referida a una compensación monetaria por los daños y perjuicios causados, engloba el daño tanto físico como moral.
- c) La *rehabilitación* que comprende medidas dirigidas a la asistencia médica y psicológica, y el acceso a servicios sociales y jurídicos que contribuyan a que las víctimas se reinserten nuevamente en la sociedad.

⁶³⁵ Andrés Javier Rousset, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH", *Revista Internacional de Derechos Humanos* (2011), 24.

d) *Las medidas de satisfacción* que traen consigo la comprobación de los hechos, el conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; la aplicación de condenas a los responsables, así como el homenaje y tributo a las víctimas.

e) *Las garantías de no repetición* que buscan garantizar a las víctimas que no volverán a ser sujeto de violaciones. Para materializarlo se deben realizar modificaciones en instituciones y en sus estructuras de seguridad, reformas de normativas y trabajar en la promoción y respeto de los derechos humanos, para impedir la repetición de las violaciones.

Resulta oportuno señalar que es necesario que las medidas de satisfacción se ejecuten con celeridad para que surtan los efectos jurídicos y personales esperados. Las mismas deben guardar armonía entre sí para que resulten eficaces, deben verse como un todo y no de forma aislada para con ello coadyuvar a la mitigación del daño ocasionado por las violaciones, promover su rehabilitación y compensar las pérdidas.

La reparación debe dar lugar a una modificación de las relaciones entre el Estado y las víctimas y para lograrlo deben tenerse en cuenta los elementos: proporcionalidad y jerarquía.

Por lo que la reparación para que sea proporcional debe guardar equilibrio con las violaciones.

Con respecto a la jerarquía, se debe plantear que no todas las medidas de reparación poseen igual importancia para la víctima, por lo que deben diseñarse las medidas para que respondan realmente a las necesidades de las víctimas y su manifestación está dada en la ejecución de las sentencias o acuerdos encaminados a dicha reparación.

Igualmente están presentes criterios relacionados con el vínculo de causalidad basada en que la solución no está en determinar la culpa por parte del actor o del demandado, ni en su grado, sino en la intervención causal.⁶³⁶ Al respecto, Izquierdo⁶³⁷ asevera que no es la índole del reproche subjetivo lo que debe en principio el criterio de distribución, sino la incidencia causal, que cada conducta haya tenido en la producción del resultado. La cuestión es técnicamente de concurrencia de causas y no concurrencia del nexo de causalidad.

⁶³⁶ Saúl Uribe García, *Responsabilidad civil y del Estado* (Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, 2015), 29.

⁶³⁷ Izquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, 207.

Por su lado Medina,⁶³⁸ ejemplifica que cuando dos vehículos colisionan causándose daños bilaterales o unilaterales, resulta necesario determinar la eficiencia de la contribución causal de cada conductor en la producción del daño. Ya de manera genérica concluye:

Las anteriores objeciones dan lugar a considerar que la solución más justa debe hallarse en el propio nexo (jurídico) causal: la distribución del daño entre las víctimas y ofensor debe efectuarse de acuerdo con el grado de causalidad aportado por cada uno en el evento dañoso.⁶³⁹

Asimismo, Goldenberg⁶⁴⁰ expone que el principio de causalidad debe prevalecer cuando se vaya a determinar la medida del resarcimiento, puesto que ante la inexistencia de una disposición que establezca la solución determinada, deja abierta la decisión al arbitrio mediante el cual se decide la forma de reparar al afectado. Monterroso⁶⁴¹ analiza que en aquellos acontecimientos que tenga lugar la ocurrencia de daños por ejemplo al circular los vehículos, incluidos los eventos de concurrencia, el elemento tenido en cuenta no es la culpabilidad, sino de causalidad. Asevera que:

Por lo tanto, la distribución de la responsabilidad deberá realizarse conforme a la intervención causal, sin perjuicios de que, una vez constatada la existencia de dos conductas culposas que son causa de un daño pueda valorarse las mismas para fijar las cuotas de responsabilidad. En definitiva, la culpa es un elemento tenido en cuenta por los tribunales, pero dentro del marco de la causalidad.⁶⁴²

Corresponde analizar el tema desde el contexto médico en que la relación de la causalidad ha de permitir establecer cuál ha de ser la extensión del daño resarcible;⁶⁴³ *a priori* se considera contractual la responsabilidad de los médicos, por lo que deben responder por las consecuencias que causen cuando hay culpa de forma inmediata y en caso de dolo de manera mediata. Sin embargo, la jurisprudencia no ha tenido en cuenta lo antes mencionado disponiendo la reparación total de acuerdo a los principios de la responsabilidad extracontractual; ello ha generado reclamos por parte de los profesionales de la medicina porque consideran existe una desproporción entre lo que

⁶³⁸ Mariano Medina Crespo, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, (Madrid: Bosch, 2015), 377.

⁶³⁹ *Ibíd.*, 539.

⁶⁴⁰ *Ibíd.*, 398.

⁶⁴¹ Esther Monterroso Casado, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1989), 171.

⁶⁴² *Ibíd.* 542.

⁶⁴³ *Ibíd.* 394.

ellos cobran por una práctica y los montos indemnizatorios de una sanción o un dictamen del Juez.⁶⁴⁴

Un aspecto a tomar en cuenta al establecer la indemnización es el tema vinculado a la pérdida de oportunidad y que cuando existe una negligencia médica solo se está privando al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que poseía. Por tanto, en dicho supuesto las indemnizaciones deben establecerse en proporción a dicha pérdida de posibilidad de curación o de la *chance* y no basada en el daño sufrido, en el cual ha incidido la enfermedad que ya padecía el enfermo.⁶⁴⁵

Por otro lado, al estar presente la teoría de la pérdida del chance no se puede imputar causalmente al médico del resultado final, atendiendo a que el desenlace responde a la evolución natural de la enfermedad que poseía el paciente, sin embargo, muchos tribunales no tienen en cuenta dicho asunto y se dispone una indemnización integral, no se debe sancionar al médico a pagar una indemnización equivalente a la que correspondería de haberle causado la muerte al enfermo.

2.4. Responsabilidad extracontractual y justicia correctiva

Partamos de dos hipótesis: una que plantea que la justicia correctiva es la que explica de mejor manera la teoría y práctica de la responsabilidad civil extracontractual y la otra que afirma que las demandas de justicia correctiva son insolubles. Esta última es defendida por Coleman, Ripstein y Cane⁶⁴⁶ a pesar de que este planteamiento hasta la actualidad no ha sido resuelto, en esa dirección resulta elemental comprender el sistema de responsabilidad extracontractual, su alcance y limitaciones y desde esa perspectiva, responder a las respuestas a los problemas que una sociedad de riesgos contemporánea plantea a los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual desde la estructura aristotélica se sustenta en la justicia correctiva. Resulta necesario decir que en el orden de la responsabilidad civil existe una relación estrecha entre el derecho y la moral, nacida del término responsabilidad.

Existen interrogantes como: ¿A qué se refiere la idea moral de que la víctima de un accidente no merecía sufrir los daños? ¿En qué sentido se diferencia esta situación

⁶⁴⁴ *Ibíd.*

⁶⁴⁵ *Ibíd.*, 231.

⁶⁴⁶ Peter Cane, "Corrective Justice and Correlativity in Private Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, n. ° 3 (1996): 471-88; Jules L. Coleman y Arthur Ripstein, "Mischief and mis fortune", *McGillaw Journal*, n. ° 41 (1995-1996): 91-130.

de una tragedia causada por un “acto de Dios”, o simplemente por la mala fortuna? Las que para responderse debe tomarse como punto de partida los fundamentos filosóficos relacionados con la responsabilidad extracontractual.

Las ideas relacionadas con la justicia correctiva y distributiva implican distinciones expuestas por Aristóteles⁶⁴⁷ quien consideró la justicia distributiva como aquella relacionada con la distribución de dinero, honores o cualquier otro bien que se reparta entre varias personas y la justicia correctiva como aquella que establece acuerdos en las relaciones entre los hombres. Igualmente apunta que dentro de las relaciones de la justicia correctiva están presentes acuerdos voluntarios arrendamientos y compraventas e involuntarios relacionados con homicidios y robos.

En la justicia distributiva Aristóteles se sustenta en la proporcionalidad a la hora de realizar la distribución, por lo que consideraba justo, lo proporcional y la justicia correctiva se rige por la igualdad aritmética persiguiendo mediante esta que los mencionados tratos voluntarios o involuntarios no generen nuevas desigualdades. Existen autores que defienden la concepción aristotélica de la justicia, además del criterio tomista. Según Finnis,⁶⁴⁸ este último criterio de justicia conmutativa resulta más beneficioso que el de justicia correctiva, porque no se restringe a la corrección ni a realizar transacciones voluntarias o contractuales, sino en precisar qué tratos son adecuados entre las personas, comprendiendo en el a los grupos.

La justicia correctiva se sustenta en la situación de igualdad entre las partes involucradas en cualquier tipo de negociación, el supuesto básico de la justicia correctiva es lograr una situación de igualdad entre las partes involucradas.

Esta justicia no se limita a las interacciones voluntarias, sino que recoge además los tratos mutuos involuntarios, buscando resolver cualquier situación de desigualdad que se presente.

El Derecho Penal aplica la teoría de la retribución basada en este tipo de justicia que busca la compensación y el castigo del responsable para colocar a ambas partes en situación de igualdad.

La justicia correctiva se emplea en el orden de la responsabilidad extracontractual bajo el principio de que *todo daño debe ser reparado*, para lograr que

⁶⁴⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, (Madrid, Gredos, 2014) ,162.

⁶⁴⁸ John Finnis, *Derecho natural y Derechos naturales*, (Madrid: S.A. Piensa. Ediciones Internacionales Universitaria, 1992), 122.

la víctima dentro de lo posible retorne al estado en que estaba antes del daño, pretendiendo que cualquier desigualdad sea corregida.

Para Aristóteles, la desigualdad se presenta cuando aparece una *ganancia*, por parte de quien ocasiona el daño, y una *pérdida*, para quien lo sufre. El mismo Aristóteles aclara este punto, señalando lo siguiente:

Los términos “ganancia” y “pérdida” proceden de los cambios voluntarios, pues a tener más de lo que uno poseía se le llama ganar y a tener menos de lo que tenía al principio, perder, y lo mismo en el comprar, en el vender y en todos los otros cambios que la ley permite; y cuando dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo que tenían, se dice, entonces, que tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan. De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y (consiste en) tener lo mismo antes que después.⁶⁴⁹

Por su lado, Fletcher⁶⁵⁰ critica el concepto aristotélico de justicia correctiva planteando que se limita a funcionar de forma adecuada en el caso de apropiaciones indebidas, en situaciones en las que la ganancia obtenida por quien causa el daño es proporcional a la pérdida sufrida por la víctima. Sin embargo, no en todos los supuestos sucede de esta manera, puesto que si una persona incurre en la comisión de un homicidio cuyo móvil es la ira y no posee la intención de lograr un beneficio con ello, la indemnización por los daños dará lugar a que autor del delito sea más pobre de lo que era antes del homicidio, por lo que no se cumpliría la condición de reestablecer la situación de igualdad preexistente. El caso antes narrado se traduce a que la ganancia está en la ira descargada y no en el incremento patrimonial. Gordley⁶⁵¹ argumenta, al respecto expone, que, al no obtenerse un beneficio económico, el concepto de justicia correctiva de Aristóteles resuelve la situación de igualdad preexistente.

La responsabilidad extracontractual, como se dijo, forma parte de la justicia correctiva. Actualmente existen varias teorías relacionadas con el tema. Lippke⁶⁵² cuestiona que la noción de justicia correctiva sea capaz de proveer de una explicación clara de la responsabilidad civil, tomando en cuenta que no existe unidad sobre esta concepción y además que la función explicativa que cumple dicha noción para la responsabilidad civil no es posible igualarla por el análisis económico del derecho,

⁶⁴⁹ *Ibíd.* 552, parágrafo 1132b.

⁶⁵⁰ Fletcher (1993), 1668. En el mismo sentido, Jules L. Coleman sostiene que en estos casos el causante del daño: “simplemente no disfruta de ganancia alguna que requiera rectificación. En otras palabras, el deber de reparar el daño causado a su víctima puede ser correctamente su deber en un sistema de responsabilidad extracontractual, aunque no es un deber de justicia correctiva”. Coleman (1998), 200.

⁶⁵¹ James Gordley, *Foundations of Private Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 193.

⁶⁵² Richard Lippke, “Torts, Corrective Justice, and Distributive Justice”, *Legal Theory*, n.º 5, 1999): 166.

independientemente de que se ha tratado de acreditar que el análisis económico es coherente con las conclusiones de la justicia correctiva.

Por otro lado, Coleman y Weinrib⁶⁵³ pretende explicar la responsabilidad civil extracontractual en términos de justicia correctiva, pero no justificarla, ven el principio de justicia correctiva como un valor moral, al respecto señalan que:

Incluso si se acepta el hecho que la responsabilidad civil extracontractual se explica mejor por la justicia correctiva y la justicia correctiva es un valor moral importante e independiente, de ello no se sigue que la responsabilidad extracontractual representa una institución requerida exclusivamente por razones morales. El hecho de considerar que esta institución es deseable y defendible depende del lugar que queramos asignar en nuestra vida pública a los valores que representa la justicia correctiva; de si estos valores pueden ser mejor expresados en otros arreglos institucionales; y de otras consideraciones similares.⁶⁵⁴

Igualmente, los mencionados autores exponen que los valores morales que recogería la noción de justicia correctiva serían los siguientes: la existencia de una concepción de equidad; la responsabilidad que se debe asumir por los resultados de las propias acciones y por último la importancia que representan los intereses para el bienestar social.

La práctica de la responsabilidad extracontractual no debe ser vista de forma unificada, porque los sistemas de responsabilidad extracontractual incluyen varias políticas y principios de diferentes órdenes. El objetivo fundamental del tema se reduce a explicar hasta qué punto los principios básicos y la organización de la responsabilidad extracontractual reflejan valores morales y, por otro lado, demostrar que la justicia correctiva se encuentra en el núcleo de la naturaleza estructural y sustantiva de la responsabilidad extracontractual.⁶⁵⁵

Por su parte Gardner⁶⁵⁶ toma en cuenta las teorías de justicia correctiva de Coleman y Weinrib, y concluye que dichas consideraciones son necesarias, aunque no siempre suficientes para articular criterios sobre responsabilidad extracontractual. Coleman y Weinrib se contraponen a las argumentaciones funcionalistas entre las que se encuentran las sustentadas en el análisis económico del derecho, tomando en cuenta que estas dejan fuera las consideraciones de la justicia correctiva para explicar la

⁶⁵³ Jules Coleman y Weinrib, "Mischief and mis Misfortune". *McGill Law Journal*, n.º 41 (1995-1996): 91-130.

⁶⁵⁴ *Ibíd.*, 53.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*, 551.

⁶⁵⁶ John Gardner, "What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice", *Law and Philosophy* 30, n.º 1 (2011): 1-50, <https://doi.org/10.1007/s10982-010-9086-6>.

responsabilidad extracontractual desde elementos funcionales, como el principio de eficiencia o de maximización de riqueza.

Las teorías de la justicia correctiva se oponen a lo antes expuesto, porque para explicar totalmente la responsabilidad extracontractual es necesario acudir a la justicia correctiva. Coleman plantea que solo aspectos relativos a la responsabilidad extracontractual pueden ser explicados por un principio único como la justicia correctiva tomando en cuenta la complejidad del derecho de daños.

2.5. Apertura: indemnización monetaria como interés personal

Como no, eso sí es verdad y ahí no vamos a ser hipócritas, aunque no crea lo saca a uno de apuros; yo por ejemplo creía que en diciembre a mis nietos les iba a hacer un montón de regalos.

Para mí no es tan importante, si llega bueno, para mí si llega sería un apoyo para mis hijos, para que siguieran estudiando. Esto jamás, jamás, el dinero jamás está recompensando el dolor, el vacío que uno siente por su familiar, si fuera por eso entonces dejaríamos que mataran a todos los seres humanos.

(Testimonio de Nélida Fernández y Alejandra Iriarte de Blanco, Familiares de Blanco).⁶⁵⁷

La cita, manifiesta el valor de la vida humana por encima de todo, sin embargo, en el ámbito jurídico se deben analizar cuáles son las dificultades en el cumplimiento de la reparación, así como aquellos factores que modulan la influencia de la reparación económica, y cuando esta ocurre cuál es la expectativa de esa reparación y hasta qué punto esa indemnización constituye un interés de tipo personal.

La ausencia de una persona causada por procesos fortuitos ya sea por una mala praxis comprobada o por otras consecuencias, dejan marcas muy difíciles de borrar en campo del derecho; por ello la aplicación de instrumentos jurídicos pretenden humanizar la justicia devenida de la reparación e indemnización, apareciendo en este tema la interrogante de cuál es el realmente el valor de la vida y si esa reparación realmente reemplaza el dolor, la ausencia y los procesos depresivos devenidos de ella y la consecuente ruptura del proyecto de vida tanto del afectado como de su familia y la sociedad en sí.

La reparación económica es una de las maneras en las que el Estado materializa su responsabilidad, lo cual es de gran valor simbólico y práctico tanto para las familias

⁶⁵⁷ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela, por la tortura y desaparición forzada de Oscar José Blanco Romero por parte de efectivos militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005.

como las víctimas. Las partes involucradas en el proceso valoran la reparación económica de distintas formas. Para algunas víctimas es importante, pero también supone un contraste y la coincidencia de la irreversibilidad de la pérdida.⁶⁵⁸

La reparación económica, bueno, si se merece, está bien; pero la plata no vale para nada no me sirve. Yo soy pobre, pero no me interesa la plata. A mí me interesa mi hijo, el hijo que me quitaron porque cuando yo me muera no me voy a llevar la plata, pero mi hijo me podía ayudar, podía trabajar, me podía enterrar cuando me muera y eso es mucho más importante. Me sacaron un brazo de mí, sin que ni para qué, eso es lo que yo siento. Belén Areco.⁶⁵⁹

Muchas veces el monto de la reparación es un indicador de la gravedad de los hechos y del nivel de sanción el Estado; pero en general su valor adquiere sentido solo cuando se aplican el conjunto de medidas. Algunas víctimas ven las medidas como una esperanza que les permita cambiar su vida luego de haber sido víctimas de la impunidad de un daño determinado, en cambio otras ven en ello, una manera de valorar su dolor o de reemplazar a la justicia.

No era lo que estaba esperando, no estábamos planificando nuestra vida en función de eso. Yo ya tenía familia, trabajo, mis hermanos estaban en la universidad... Hemos mejorado nuestra situación con la indemnización, pero es una compensación al futuro diferente que podríamos haber tenido. El proceso entre 1992, desde el asesinato, hasta 2005 ha sido duro para la familia... Flor Huilca.⁶⁶⁰

Las valoraciones que se realizan al exigir la reparación de los diferentes actores, transmiten a las víctimas, familiares y peticionarios una percepción limitada al imponerse la reparación mediante la indemnización.

Venezuela interpreta prácticamente que la reparación es la indemnización. Lo tienes en el caso El Amparo, lo tienes luego en el Caracazo, donde el Estado pagó, pero las investigaciones no avanzan. De hecho, todas las reuniones que nosotros tenemos con la gente del Estado en relación al Caso Blanco y otros, era siempre pensado en el tema de la indemnización, aunque a los funcionarios les insistíamos que era una reparación completa, integral. José Gregorio Guarenas, abogado Vicaría Caracas.⁶⁶¹

Las personas afectadas y sus familiares determinan dos riesgos con respecto al significado de la reparación. El primero como una pretendida valoración económica de

⁶⁵⁸ *Ibíd.*, 75.

⁶⁵⁹ *Ibíd.*, 78.

⁶⁶⁰ El caso se refiere a un asesinato provocado por fuerzas militares del Gobierno peruano, en tiempos de Fujimori, en contra del dirigente laboral Pedro Huilca, ocurrido en el año de 1992.

⁶⁶¹ El caso refiere a delitos contra la integridad de varias personas por parte del Gobierno venezolano en tiempos del coronel Hugo Chávez Frías. El Estado paga la indemnización, pero la investigación no concluye hasta la actualidad.

la vida de una de las personas o del sufrimiento padecido y el otro como una compensación que puede sustituir a la investigación y a la justicia.

A veces, si no tienes dinero, no se curan las heridas, pero que no vayan a decir que el dinero nos va a curar a nosotros ¡no! El daño nosotros siempre lo sentimos, Si hubiéramos encontrado a una de mis hermanas, diría: tengo dinero, pero ellas también van a comer de lo que yo voy a comer. Supaya Serrano Cruz.⁶⁶²

A pesar de que no existe un criterio público sobre el tratamiento y manejo de la reparación económica, este se interpreta y se percibe tal y como se ha ilustrado. Ejemplo de ello es cuando no existe concordancia entre los montos y los hechos ocurridos, o cuando el cumplimiento de las medidas se comprueba de manera restringida, y se aparta a un lado demandas cargadas de sensibilidad por parte de las víctimas como, por ejemplo, la entrega de restos de familiares u otros. Muchas personas afectadas y familiares ven la indemnización como una manera que emplea el Estado para cerrar el caso, tal como se expone a continuación.

Para el caso nuestro, y por otros casos conocidos por CIDH, lo que está llevando este tipo de acuerdo es como entregar dinero, como taparles la boca a los familiares, pero no está habiendo castigo. Pedro Restrepo.⁶⁶³

De forma general, el significado para los familiares está sujeto al caso específico, a las personas y al tipo de violación. Para aquellas personas que han sido víctimas de tortura o encarcelamiento ilegal, la reparación económica se aproxima más a una compensación por el tiempo y las oportunidades perdidas, por el sufrimiento o por los daños que les resulta ante la sociedad el haber estado detenido. En caso de ejecuciones o desaparición forzada, el significado es mucho más relevante teniendo en cuenta que el resultado trajo como consecuencias la pérdida de un familiar. Ello se ilustra a continuación:

Al principio era como “bueno pero mi familiar no vale ese dinero” era como ofendernos; pero nos hizo ver que eso era parte de la obligación del Estado, y a medida del tiempo lo fuimos entendiendo.

Todavía no hemos digerido todo eso, porque yo todavía estoy en mi casa, allá en el barrio y no me puedo quitar ese recuerdo de mi casa donde vivimos todos, donde hemos vivido toda una vida, y me cuesta despegarme de eso y está el recuerdo de Richard y de toda mi vida, que yo quería que ellos fueran felices...” Aura Liscano e Hilda Páez, familiares Caracazo.⁶⁶⁴

⁶⁶² El Caso refiere a la desaparición de dos niñas por parte del ejército salvadoreño en 1982. Treinta años después se reconoce el hecho como crimen de Estado.

⁶⁶³ *Ibíd.*, 439.

⁶⁶⁴ *Ibíd.*

La reparación económica puede influir en aspectos como la inclusión social y el respeto hacia las víctimas, por ello la manera en que se lleva cabo resulta decisiva para transmitir o no dicha sensación, igualmente el hecho de contar con una respuesta positiva por parte del Estado que se mantenga en el tiempo, en lo que respecta a las medidas y a la atención que se brinda a las víctimas. En la evaluación realizada del impacto de la reparación económica, mediante los programas generales para las víctimas de las dictaduras como la chilena, Basic⁶⁶⁵ apunta que estos permitieron materializar los derechos de las víctimas, reconocerlos y tomar conciencia de los mismos, siempre que se realice respetuosamente. Al respecto expone:

Ahora estas mujeres no tenían conocimiento político, sus demandas eran más bien de inclusión social, y el ya tener ese acceso[...] como me decía una: “el hecho de que todos los meses vaya a retirar mi chequecito y me digan señora, es distinto, porque antes no me saludaban” Eso es un ámbito muy difícil de evaluar tangiblemente y no siempre está en las plantillas de lo que tenemos que poner. Otra de las cosas que creo ha ocurrido con las reparaciones a los sectores más marginales, es que la entrega de estos beneficios, ha levantado cierta conciencia sobre todo de los empleados públicos.⁶⁶⁶

Se debe señalar que la reparación económica puede dar lugar a polémicas desde el orden ético especialmente sobre el significado, la aceptación, la vinculación con la pérdida y las circunstancias bajo las que tiene lugar. El hecho de recibir un dinero por lo ocurrido puede generar un conflicto emocional para las personas además de una situación de incertidumbre e incluso de rechazo, motivado por los pensamientos y las contradicciones que el dolor trae consigo y que aparecen ante el daño.

En el caso de Barrios Altos, a mí me impactó mucho cuando hicieron la ceremonia de entrega del cheque en dinero. Yo soy abogada de uno de los sobrevivientes. Saliendo de allí él me dijo: “ten” (me entregó el cheque) “guárdalo no me lo des”. Le digo “¿por qué? No lo quiero tener tenlo tú. Y como al mes me dice, “dame el cheque”. Nunca había visto tanto dinero junto. Tenía mucho miedo de cómo le iba a afectar esto. Él no ha cambiado. Sigue viviendo en el mismo sitio, ha puesto un pequeño negocio, está trabajando. Lo veo ya un poco mejor, ha invertido un poco de su dinero en su tratamiento psíquico y hay una pareja que lo acompaña...” Gloria Cano, abogada APRODEH.⁶⁶⁷

Los dilemas éticos en las víctimas surgen debido a que puede considerarse una manera de valorar la vida de sus familiares o el sufrimiento vivido. A pesar de que el sentido de la reparación económica como compensación sea reconocido por la mayoría,

⁶⁶⁵ Roberta Basic es investigadora de la Comisión de Reparación y Reconciliación. Roberta Basic, *Crímenes e impunidad* (Santiago de Chile: CODEPU, 1996), 23.

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, 28.

⁶⁶⁷ Corte IDH, “Sentencia 14 de marzo de 2001”. En *Caso Barrios Altos Vs. Perú*.

estos dilemas se dan en el ámbito más personal de los valores y tienen una dimensión afectiva. Cuando la gente no tiene una necesidad acuciante de la reparación para mejorar su vida, estos dilemas llevan a diferir la decisión sobre su uso hasta que tenga mayor sentido.

Y también lo de la plata...es un poco fregado venir y plantear una ganancia sobre una muerte. Yo me siento un poco mal cuando hablo de dinero. Como para quitar un poco de responsabilidad; en lo que estoy es en que lo hereden los niños y que mejor lo gasten ellos... Lucrecia Hernández Mack.⁶⁶⁸

La actitud de los familiares muestra la ambivalencia que existe entre el derecho y el sentido en lo que se refiere a las violaciones o con la propia víctima directa. Cuando existen soluciones amistosas, los problemas aparecen no solo al aceptar determinada suma de dinero, sino a la hora de negociar el monto de la indemnización. Dichas contradicciones suelen ser normales, aunque tienden a agravarse en el ámbito de las relaciones con el Estado y por el sentido en que se torna la reparación, según el caso. Para muchos constituye una preocupación las consecuencias de aceptar el dinero en un contexto en que el resto de las medidas y la coherencia en el comportamiento del Estado resultan inciertos.

Uno de los elementos más complicados del proceso analizado, es la representación de la reparación económica como si constituyera la totalidad de la reparación, independizándola del reconocimiento de la responsabilidad y otras acciones. Igualmente, la indemnización es lo primero que la familia recibe.

El dinero no lo pude tocar. Cada vez que pensaba en el dinero, lloraba. A mis padres le dieron 3.000 dólares a cada uno. A mis sobrinos 15.000 a cada uno. Después de tanto tiempo yo me miré al espejo y no me reconocía. ¿Sabes que es no reconocerte? Fue muy difícil. Los 20.000 que me dieron, que fueron por gastos y costas, han estado guardados hasta el año pasado. Por fin los utilicé para pagar parte de mi departamento. Pero no podía pensar en ese dinero, menos aún disponer de él. Y los 3.000 dólares que recibí por mis lágrimas los gasté porque se presentó la oportunidad de viajar con mi madre a Europa, a Milán, y me fui con ella a Europa, a Milán, a Roma...se lo merecía por tanto dolor. Carolina Loayza abogada.⁶⁶⁹

El hecho de recibir la reparación económica es para muchas personas, asumir el daño causado, tal y como se ilustra anteriormente muchas personas no asimilan el hecho de haber sido indemnizados hasta determinado momento en que le atribuyen al resarcimiento un sentido determinado.

⁶⁶⁸ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación* (Quito: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008), 206.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*, 35.

Las contradicciones expuestas ante la reparación económica aparecen por las vulneraciones a los derechos humanos que afecta a las personas directamente o a sus familiares, así como la relación de estas con el Estado. La reparación tiene un trasfondo eminentemente económico busca reparar el daño lo que implica la aplicación de todas las medidas que resulten procedentes para lograr la aproximación a la *restitutio in integrum*.

2.6. Potestad jurisdiccional del *quantum* resarcitorio

Para analizar la medida de la reparación del daño, se deben retomar dos tesis ya analizadas pero que están enfrentadas. Por un lado, los seguidores de la tesis punitiva, que, para salvar los postulados, han trazado pautas con una tercera, consistentes en relacionar el daño moral con el daño patrimonial. Por lo que la reparación del daño moral se relaciona de forma razonable con el monto del daño material reconocido.

El resarcimiento del daño moral trae implícita la reparación de las afectaciones en el orden del perjuicio patrimonial. Aunque existen actos ilícitos que no generan daños patrimoniales alguno, o sea solo inciden en la esfera extrapatrimonial de la persona afectada como la intromisión en la intimidad de la persona, en este caso no existe daño material alguno. Por otro lado, en otros supuestos la afectación patrimonial puede ser cuantiosa y no existir, o sencillamente inferirse, un daño moral.

Por otro lado, se comprende que, si se está de acuerdo que el daño moral constituye una afectación a intereses extrapatrimoniales afectando bienes jurídicos tutelados por el derecho, la indemnización no se coloca bajo un criterio de equivalencia, como ocurre al resarcirse daños patrimoniales. La tesis que establece lo relativo a la reparación desde el punto de vista del actor del daño, descuida la óptica de la víctima quien ha visto afectado su interés extrapatrimonial.

Ciertamente atender la gravedad del hecho ilícito permite a los juzgadores determinar el *quantum indemnizatorio*. Tomando en cuenta la gravedad, el acto ilícito se computará si está presente el elemento subjetivo de responsabilidad dígase, la culpa, negligencia o imprudencia, debe existir en el acto la intención de dañar, excepto en los casos de responsabilidad que resulta atribuible a un factor de carácter objetivo, como el riesgo creado.⁶⁷⁰

⁶⁷⁰ Yoleida Vielma Mendoza, "Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual", *Revista de Filosofía práctica* (2004): 12.

Resulta oportuno apuntar que la reparación del daño moral posee un doble carácter a la hora de resarcirse porque la víctima se indemniza y el actor del daño es condenado por su actuar. Por lo expuesto se plantean las siguientes preguntas:” ¿Por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar el monto de la indemnización?”.⁶⁷¹ La reparación en este caso, realiza una función de justicia correctiva que une la naturaleza reparadora de la indemnización del daño moral para la víctima con la punitoria para el causante de la afectación. La reparación del daño moral no está dirigida al patrimonio, pero produce satisfacción lo que compensa el sufrimiento vivido. Tomando en cuenta el fenómeno causal, los límites del resarcimiento se pueden definir a partir de la siguiente premisa o de los efectos.⁶⁷²

a) Pothier determina como daños *intrínsecos* aquellos relacionados al objeto de la obligación y considera como responsable de ellos al deudor culposo. Por otro lado, define los *daños extrínsecos* como los ajenos al objeto y de igual manera considera al deudor doloso responsable de ellos.⁶⁷³

Por otra parte, Colmo⁶⁷⁴ mantiene el criterio tradicional basado en el derecho francés que distingue entre los daños comunes como los que puede sufrir cualquier persona interesada en situaciones ordinarias por la culpa del deudor y los particulares como los que sufriría el interesado que esté involucrado con la situación y surgen por los actos del deudor doloso.⁶⁷⁵

Existen además según el Código Francés, daños previstos e imprevistos. Los primeros son debidos por el deudor imputable a título de culpa; los segundos por el deudor doloso, Los daños previstos o que pudieron serlo son aquellos que según las circunstancias entraban en la mira de los contrayentes.⁶⁷⁶

b) Por otro lado, se pueden mencionar las propuestas nacidas de las teorías de la relación de la causalidad, que trae consigo un proceso inverso o sea se valora la causa del daño, para luego definir el límite de la reparación.⁶⁷⁷

⁶⁷¹ *Ibíd.*, 12.

⁶⁷² Osvaldo Paludi, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio* (Buenos Aires: Astrea, 1976), 62.

⁶⁷³ Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961), 106-107.

⁶⁷⁴ Alfredo Colmo, *De las obligaciones en general* (Buenos Aires: Menéndez, 1920), 63.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*, 106-7.

⁶⁷⁶ *Ibíd.*

⁶⁷⁷ *Ibíd.*, 64.

A pesar que el sistema descrito en el literal a), es seguido por Vélez Sarsfield⁶⁷⁸ quien analiza el tema desde los efectos, sin desatender su causa, puesto que los hace imputables según una valoración de las conductas que los producen. El efecto es tal, siempre y cuando la conducta merezca el juicio de reproche. Se debe plantear que los daños son intrínsecos, e indemnizables cuando nacen de un comportamiento culposos, (causa), no hay daño intrínseco indemnizable (efecto).⁶⁷⁹

Quiere decir, pues que hay una interrelación entre el efecto y la causa en términos estrictamente jurídicos. No hay una causa aquí y un efecto allá; la separación tajante entre ellos, como dos cosas independientes y autónomas posee un grado tal de relatividad, que parecería haber sido aprehendido por los sistemas indicados en el punto a).

Por su lado, las teorías de la relación de causalidad sustentan sus postulados en que la única ciencia válida es aquella que se conoce, que examina las cosas desde sus causas lo que resulta complejo al momento de determinar el límite de reparación porque se sustenta en la valoración de la causa.

Corresponde plantear que el asunto de la limitación cuantitativa de la responsabilidad, ha traído polémica tomando en cuenta que no debe limitarse la reparación.⁶⁸⁰ No debe existir un tope al respecto.

La norma ecuatoriana no define reglas para calcular la indemnización, ni establece límites al respecto, igualmente en otros sistemas en Europa⁶⁸¹ y Estados Unidos,⁶⁸² no existen techos, no obstante, queda en el arbitrio judicial ser razonable a la hora de establecer el monto a indemnizar.

Al repararse pecuniariamente pueden presentarse situaciones complejas en lo que respecta al devenir de los daños, porque pueden ser daños de diferente magnitud que dé inicio se valoraron y que con el transcurso del tiempo incide en la valoración de los daños sufridos por la víctima y por tanto hay que emplear nuevos criterios para lograr que la indemnización sea lo más justa posible.⁶⁸³

⁶⁷⁸ Dalmacio Vélez Sarsfield, *Código Civil argentino* (Buenos Aires: Imprenta Nacional, 1917), 46.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*, 64.

⁶⁸⁰ Andrada, *Responsabilidad del Estado y de las funciones públicas*, 97.

⁶⁸¹ En España, por principio, la responsabilidad extracontractual es ilimitada. Ello deriva principalmente de los articulados 1902 y 1903 del Código Civil actual.

⁶⁸² Existen Constituciones estatales que prohíben explícitamente los techos, como es el caso de la Constitución de Arizona. Y en algunos sitios donde se han establecido techos de variada extensión, no han faltado decisiones judiciales que los dejaron sin efecto.

⁶⁸³ *Ibíd.*, 423, 89.

Asimismo, cuando existe pérdida del valor adquisitivo por los gastos que ha tenido que asumir la víctima por lo dañado, los mismos deben tenerse en cuenta al fijar el monto de la indemnización ya que son perjuicios y deben valorarse desde la idea en los que se habrían producido si no hubiera tenido lugar el acto dañoso.

Con respecto a la desvalorización monetaria debe plantearse que esta influye en la responsabilidad extracontractual específicamente en la valoración cuantitativa del daño, en especial cuando es imposible el resarcimiento de manera específica, por lo que se debe tener en cuenta la devaluación monetaria sobrevenida entre el momento del hecho y el de la liquidación.

2.7. Los baremos en el resarcimiento del daño a la persona

Cuando un galeno actúa de manera inadecuada causando un daño al paciente, debe tenerse en cuenta como se ha analizado, al establecer el monto a indemnizar la cuantificación del mismo no solo el estado anterior del paciente, sino también las circunstancias concurrentes en el caso para poder evaluar de forma justa el menoscabo irrogado.

En otros órdenes existen baremos que facilitan llegar a concretar objetivamente el asunto en cuestión, pero la aplicación de estos en el ámbito de la responsabilidad médica es complejo, aunque el empleo de alguna escala que responda objetivamente a dichos asuntos puede resultar de utilidad, siempre que se trate de un baremo general que tome en cuenta cualquier clase de daños corporales y que sirva de guía no vinculante, puesto que cada caso es diferente y en consecuencia debe definirse y adaptarse al caso específico en que se origina la responsabilidad médica en cuestión.

El problema de limitar la reparación, como se analizó en el epígrafe anterior, ha sido objeto de examen en varios países. Al respecto debe exponerse que un proyecto encaminado a cambiar el sistema de daños por mala práctica médica en Estados Unidos fue rechazado en el año 2003, tomando en cuenta que se pretendía restringir al monto de a 250.000 dólares por concepto de indemnizaciones por daños punitivos.⁶⁸⁴

Dicho proyecto estaba respaldado por la AMA y buscaba obstaculizar el incremento de las primas de los seguros de responsabilidad médica, tomando en cuenta la compleja situación en que están los profesionales médicos en Norteamérica, lo que en ocasiones no cuentan con la solvencia para hacer frente a los costes. Se consideraba

⁶⁸⁴ Diario Médico, Sección Normativas, julio 23 y diciembre 9 de 2003, 16.

por la mayoría del Senado que la reforma propuesta colocaba en montos muy bajos la reparación de los daños y en consecuencia no compensaban los posibles daños sufridos. No obstante, existen varios Estados de la Unión que han realizado reformas que comprenden restricciones a los montos de las indemnizaciones por mala práctica médica.⁶⁸⁵

Un segmento doctrinal relacionado con el campo del seguro, así como instituciones educativas médicas consideran necesario definir una escala indemnizatoria que se aplique de manera semejante a la ley norteamericana sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículo a motor para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, bajo el sustento de principios como la seguridad, igualdad y certeza.

Por otra parte, otro sector de la doctrina está en contra de lo solicitado, puesto que ven en el baremo el riesgo de violar principios como el de igualdad, al tratar de resolver casos de igual forma cuando en el campo médico son desiguales, tomando en cuenta las características biológicas de cada persona.

En Ecuador —como ya se mencionó— no existe baremo alguno para las indemnizaciones ante la mala praxis médica, dicho reclamo depende de lo que pretenda el afectado en contra de quien le causó el daño, realmente resulta complicado cuantificar el daño corporal, así como todas las consecuencias que acarrea tanto físicas como psíquicas.⁶⁸⁶

En la determinación de una escala para valorar el daño corporal influyen los siguientes factores:

a) Médicos: los cuales suelen ser variables teniendo en cuenta la opinión de varios profesionales de la medicina con respecto a un caso determinado, incide en ello la ubicación geográfica, la opinión de los hospitales, el tiempo que necesite determinada enfermedad para sanar, las características de la enfermedad y las circunstancias en que se desarrolló.

Para poder valorar el daño cuantitativamente debe contarse con límites normales bajo criterios estandarizados que sirvan de punto de partida para evaluar a cada persona lo que facilitará cuantificar el daño corporal.

⁶⁸⁵ *Ibíd.*, 138.

⁶⁸⁶ Manuel García y Cristina Mara García-Blázquez Pérez, *Nuevo Manual de valoración y baremación del daño corporal* (Granada: Comares, 2012), 37.

b) El factor personal: este aspecto se basa en las características biológicas y personales de cada persona teniendo en cuenta que cada individuo posee un umbral del dolor y una determinada capacidad de respuesta ante embates biológicos. Inciden en este factor las circunstancias familiares, personales, laborales y sociales que dan lugar a un problema diferente en cada uno. El examen objetivo de cada situación y persona, es difícil valorarlo desde criterios cuantitativos habría que partir de opiniones universales que definan circunstancias generales que sirvan de base para valuar determinado daño.

c) El factor legislativo. Como se ha analizado no existe coherencia sobre el tema en el campo legal internacionalmente, no existe acuerdo sobre la aplicación de escalas para cuantificar el daño, ni normas específicas sobre la materia.

2.8. El *statu quo* indemnizatorio

Para analizar el *statu quo* indemnizatorio partimos del principio de vertebración, el que se obtiene de la individualización del daño y del resarcimiento que se realiza a la postre, mediante una indemnización final estructurada que busca reparar el daño (con todas sus consecuencias perjudiciales)⁶⁸⁷ desde una a dimensión global única, teniendo en cuenta que los conceptos y subconceptos dañosos resultan ser de tipo instrumental y se ponen al servicio de la reparación. La indemnización final se fija para resarcir el daño sufrido por la persona y tiene un carácter irrenunciable.

Por su lado, lograr restaurar el estado de cosas que existiría, al no haber mediado el hecho dañoso que dio lugar a la obligación de indemnizar o *statu quo* surge en que el daño que afectó el estado patrimonial del acreedor, y fundamentalmente de aquellos en que el daño toma la forma de un hecho ilícito de carácter positivo. De ello surgen expresiones empleadas por la jurisprudencia como: restaurar al estado anterior de las cosas lo que implica la reparación efectiva.

El *statu quo* resulta aplicable no solo a los actos ilícitos, sino a todos los casos en los que procede una indemnización. Dicho estado no procede exclusivamente para aquellos hechos que generen la disminución del patrimonio (*damnum emergens*), sino además para aquellos que se interpongan ante perspectivas beneficiosas de lucro (*lucrum sessans*) por lo que se extiende de igual manera el interés contractual tanto positivo como negativo.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ *Ibíd.*, 423.

⁶⁸⁸ *Ibíd.*, 416.

Por otro lado, debe decirse que el acto que da lugar a la indemnización, en el caso de las obligaciones contractuales, surge comúnmente de una omisión legal. Por lo que la normativa prevé la posibilidad de exigir que se cumpla con lo acordado en las cláusulas del contrato y el de reclamar la indemnización correspondiente.

El acto de llevar las cosas al estado en que estaban de no haber ocurrido el daño que dio lugar a la indemnización, trae consigo una interpretación dual puesto que puede relacionarse con la situación material en que estaría el afectado sin el obstáculo del acto dañoso en el momento de reclamar la indemnización, o a la indemnidad *económica* que se le debe asegurar.

La reparación puede ser material y se sustenta en el derecho antiguo que concretaba el daño sin medir las consecuencias ulteriores. Resulta oportuno señalar que, en ocasiones, es imposible realizar una restauración material por lo que se debe proceder a realizar una reparación económica que en el derecho moderno va más allá del daño específico, incluye intereses e ingresos dejados de percibir por el acto dañoso. La norma mediante el *statu quo*, pretende asegurar a la persona o a sus bienes afectados la misma situación que poseía antes el evento perjudicial. Ambos tipos de reparación traen consigo distintas maneras de valorar las consecuencias del daño y su reparación.

Cabe agregar que en la actualidad el derecho penal es visto como una medida de carácter excepcional que impone sanciones severas por la comisión de infracciones, pero existen otras conductas que no están enmarcadas en este campo y que se encuadran en otras materias como la administrativa, civil, etc., mediante las cuales también se imponen condenas más leves mediante las cuales se sancionan a los responsables de actos dañosos imponiéndoles la obligación de indemnizar.

2.8.1. Prudencia judicial-criterio insuficiente y arbitrario

La concepción de la prudencia desde la ética judicial se basa en el conocimiento del hombre y la vida en general respetando los principios legales que regulan la conducta humana, haciendo compatibles el deber ser —necesario e inherente a la ley positiva— y la índole contingente y temporal de la vida humana.⁶⁸⁹

Se debe mencionar que el término prudencia nace del griego, *fróneo*, que significa ser sensato, tener juicio, tener la capacidad de pensar y sentir.⁶⁹⁰ La capacidad

⁶⁸⁹ María del Carmen Platas, *Prudencia y justicia: Exigencias de la ética judicial* (Ciudad de México: Veritra de Información Jurídica, 2006), 197-213.

⁶⁹⁰ *Diccionario griego-español* (Barcelona: Sopena, 1999), 1491.

de pensar y sentir, genera una armonía entre lo universal y lo particular. Además, la palabra proviene del latín *prudencia* que expresa previsión, inteligencia y conocimiento práctico.⁶⁹¹

La prudencia constituye una cualidad fundamental que deben cumplir los juzgadores, puesto que coadyuva a definir lo que es justo dentro de un asunto específico en dependencia de las circunstancias.

La ética judicial contempla la prudencia y los principios de objetividad, imparcialidad y razonabilidad, entre otros, los cuales deben ser cumplidos por los jueces en su desempeño. Sobre la misma se afirma que la prudencia debe acompañar a los juzgadores para conformar un “conjunto entre lo razonable y lo real, el ensamblaje del caballero y el escudero, la síntesis de Sócrates y Salomón, de Justiniano y Cicerón”.⁶⁹²

La sociedad actual es dinámica y tanto el Juez como los procesados son parte de ella, por lo que resulta necesario actuar de forma prudente a la hora de administrar justicia.

Desde varios puntos de vista se analiza que actualmente existe una gran cantidad de normativas que pueden generar confusiones, sin embargo, debe existir una armonía entre la normativa y el campo ético que suscite el respeto por la vida humana; lo que garantizará en el orden judicial una perspectiva prudencial, que se traduce a interpretar y aplicar de manera sensata las normativas, delimitando que es lo que le corresponde a cada quien.

La cualidad de la prudencia le permite al Juez administrar de mejor manera la justicia, analizar y poner en práctica los principios universales que rectoran la vida en sociedad y poder delimitar aquellas necesidades de reparto y distribución en momento oportuno. Sobre la prudencia se afirma que:

Es anterior a la justicia porque para determinar qué es lo debido, el Juez antes necesita saber lo que debe hacer, es decir, debe conocer los principios de su ciencia, de estos se desprende lo que corresponde a la recta razón, de ese modo podrá determinar con rectitud qué corresponde a cada quien.⁶⁹³

La prudencia se vincula a otras virtudes morales, lo que facilita que se conforme una personalidad íntegra en los jueces que les permitirá tomar mejores decisiones. A través de dicha cualidad se puede determinar que es correcto e incorrecto, profundizar

⁶⁹¹ *Diccionario ilustrado latino-español, español-latino* (Barcelona: VOX, 1999), 406.

⁶⁹² *Ibíd.*, 197.

⁶⁹³ Tomás Aquino, *Suma Teológica*, t. II-II (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995),

en la evaluación de los comportamientos humanos conjugando lo general con lo particular, lo que se traduce a analizar el hecho cometido, las circunstancias, el móvil, y las características personales del autor, entre otros elementos que faciliten una valoración integral del caso que está puesto a su conocimiento y resolución.

Los jueces en su ejercicio para lograr entender con totalidad los asuntos puestos a su conocimiento, deben interpretar y determinar aquellos aspectos que lo hacen único y ello puede encontrarse según Aquino⁶⁹⁴ en las circunstancias. Por lo que es de vital importancia la interpretación que desarrolla el juzgador en su función de subsunción, por lo que, con respecto a las circunstancias, debe distinguir las esenciales de las accidentales.⁶⁹⁵

Un juzgador que actúe de manera imprudente no cumple a cabalidad su función, ni es digno de su condición e igualmente aquel que emplee la falsa prudencia manifestada a través del dolo, el fraude, la astucia, entre otros comportamientos, no obstante, entre la prudencia verdadera y la astucia, existen semejanzas basadas en poseer la habilidad de prevenir ciertos eventos y disponer de los medios, realizando propuestas de acciones que le permitan obtener un fin determinado. En fin, la astucia puede utilizarse en sentido positivo y negativo.

2.8.2. Nuevos componentes resarcitorios. Dimensión simbólica

Para hablar de los nuevos medios resarcitorios debe tomarse en cuenta lo siguiente:

Lo de la escuela fue muy emotivo, muy doloroso, pero muy gratificante a la vez porque nos ubicamos en el escenario de la vida de mi mamá que era la escuela. Era una escuela muy parecida a donde ella trabajó y donde iba con mi hermano. Entonces fue muy emotivo para las dos y ver la manta que habían hecho con el nombre de él, le habían puesto un lema, fue muy lindo. Se dedicaron mucho las maestras, maestros y dirección. Lo hicieron de verdad con mucho cariño y sin conocernos se identificaron. Fue un acto lindísimo con los niños, las niñas cantando, mi mamá se sintió muy bien después. Lucrecia Molina.⁶⁹⁶

La cita refleja una de las medidas simbólicas que son aquellas nuevas maneras de reparar el daño, encaminadas a salvar el recuerdo y la memoria de las víctimas de vulneraciones de los derechos humanos. Dichas formas se ejecutan de diferentes formas como: homenajes, en caso de existir acuerdos de solución amistosa o sentencias de la

⁶⁹⁴ *Ibíd.*, 78.

⁶⁹⁵ *Ibíd.*, 616.

⁶⁹⁶ Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 236.

corte, en medidas como implantación de placas conmemorativas, colocación de nombres de las víctimas a monumentos, plazas calles, centros educativos, entre otros.

Las medidas simbólicas tienen como fin reconocer la dignidad de las víctimas, recordar acontecimientos históricos importantes, también incluye la realización de una crítica o la imposición de una sanción de tipo moral hacia los causantes del daño. También resulta aplicable a los procesos de duelo y constituyen una manera de recordar algún miembro de la familia o colectivo.

Las medidas simbólicas pueden tener significados diferentes para determinada familia o víctima, ello debe valorarse según el caso antes de imponerlas, para que, al hacerlo, surtan el efecto reparador necesario.⁶⁹⁷ Se debe decir que, desde un punto de vista general tanto para la familia de la víctima como para ella misma, cualquier tipo de reparación posee un elemento simbólico, mediante la ejecución de dicha medida médica se pretende que se alcance un estado psicológico en el que se perciba que se han ejecutado acciones para contrarrestar el daño causado.⁶⁹⁸

Dichas medidas tienen como objeto no solo dar a conocer hechos ocurridos sino dotarlos de relevancia y atender a las víctimas.

Las vulneraciones de los derechos humanos, pueden manifestarse mediante desapariciones y asesinatos, además de manifestarse a través de la criminalización o estigmatización de la persona por parte de la sociedad considerándolas peligrosas y marginales, aspectos que impactan y causan sufrimiento en las personas. Muchas personas han resultado despreciadas y las medidas simbólicas deben reparar las injusticias y contribuir a que la víctima recupere su dignidad y se reintegre a la sociedad.

Por otro lado, los actos simbólicos y los rituales están comprendidos entre las medidas de reparación porque mantienen vivo el recuerdo de las víctimas, así como sus ideas y aspiraciones. Dichas medidas resultan efectivas en el caso de sobrevivientes. Para los familiares, las reparaciones de carácter simbólico representan una cualidad y rinden homenaje a un ser querido. Los valores de estas medidas se vinculan a la individualidad o a determinado colectivo, como parte de un acto de memoria y poseen un carácter eminentemente reparador. Relacionado con el tema se expresó:

Otro aspecto de esta categoría de reparación es su potencial para generar el espíritu de perdonar y la fortaleza para reiniciar el papel como ciudadanos de Surinam.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, 227.

⁶⁹⁸ Brandon Hamber, "Narrowing the Micro a Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition. En *The Handbook of Reparations*, ed. Pablo De Grieff (Oxford: University Press, 2006), 439.

Entonces, tanto el monumento como la disculpa pública, son muy importantes para nosotros. Este monumento será otro símbolo visible del comienzo de nuestro proceso de recuperación. Funcionará también como un instrumento esencial para el desarrollo, el fortalecimiento y la estabilización de la memoria colectiva alrededor de este caso. *Muchos, incluyendo a otros*, Maroon de Suriman, también sentirán estas medidas. Stanley Rensch, Moiwana.⁶⁹⁹

Las medidas simbólicas poseen valor además de para las víctimas y su familia también para la sociedad. En muchos casos, la causa del daño es social, lo que implica que, si no se reconoce socialmente el sufrimiento, las víctimas se mantendrán aisladas. En resumen, las funciones de dichas medidas.

Tabla 7. Funciones de las medidas simbólicas

Funciones de las medidas simbólicas	
<i>Para familia y víctimas</i>	<i>Para la sociedad</i>
Resulta fundamental en el proceso del duelo.	Reconocimiento social de las víctimas.
Reconocimiento de la dignidad de la víctima y el valor de los familiares.	Recuerdo para los ciudadanos y en especial para las nuevas generaciones.
Marco social para la experiencia tanto personal como familiar.	Vía para criticar a los causantes del daño y una forma de reconocimiento de su responsabilidad en el hecho.
Puede realizarse mediante rituales.	Espacio social simbólico.

Elaborado por el autor

Acercas de las medidas simbólicas se expone que su valor esta dado en que el proceso de recuperación no sucede mediante “el objeto sino del proceso que se produce a través del objeto”.⁷⁰⁰ Resulta necesario que tanto las víctimas, familiares y otras

⁶⁹⁹ El 29 de noviembre de 1986 miembros de las Fuerzas Armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Los soldados supuestamente masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar, presuntamente, huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. Asimismo, a la fecha de la presentación de la demanda, supuestamente no habría una investigación adecuada de la masacre, nadie había sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras; consecuentemente, serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional. Por estas razones, la Comisión señaló que, mientras que el ataque en sí era anterior a la ratificación de la Convención Americana por parte de Suriname y a su reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, la presunta denegación de justicia y el desplazamiento ocurrido con posterioridad al ataque constituían el objeto de la demanda. Fecha de interposición de la denuncia ante la comisión: 27 de junio de 1997 Fecha de interposición de la demanda ante la Corte: 20 de diciembre de 2002. En <http://www.corteidh.or.cr>.

⁷⁰⁰ *Ibíd.*, 650.

personas afectadas con el daño asistan a las medidas simbólicas como elemento reparador.

En ciertos casos de tipo colectivo en el que influyen aspectos culturales, las medidas simbólicas resultan de gran importancia por formar parte esencial de la reparación. Tanto aquellas que se dispongan mediante sentencia como las que desarrolle la comunidad afectada, son fundamentales en el proceso de reparación. Es necesario apuntar que no basta con que en el orden judicial se disponga la aplicación de este tipo de medidas, también deben ser tomadas en cuenta por parte del Estado y trazar políticas públicas encaminadas a estos efectos.

Conclusiones

Durante el desarrollo de la civilización el derecho a la vida y sus derechos correlativos a la salud e integridad comportan cambios, siempre vinculados con la protección al cuerpo humano.

Emergen postulados de razón, igualdad, libertad y fraternidad principios de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, línea social del que nace el derecho protector a la salud que cambia de enfoque biologicista a una perspectiva de carácter social y política del tratamiento de las enfermedades.

En Ecuador los primeros pasos de la ciencia médica se basan en el pensamiento médico crítico sobre la inequidad social y la desigualdad en el ámbito sanitario. Destaca dentro del movimiento libertario los aportes realizados por Eugenio Espejo en el siglo XVIII.

En el período final de la colonia las relaciones comunitarias en equidad dejan de funcionar y aparecen las relaciones de poder desiguales, quienes ostentan el poder económico mantienen el control político y cultural de la nación, lo que conllevó a la pérdida de los saberes nativos, entre ellos los vinculados a la salud, permitiendo el nacimiento del paternalismo del médico.

En el período en el que inicia la República todas las Constituciones a partir de la primera promulgada en Riobamba, se reconoce como fundamental el derecho a la salud, siendo este uno de las mayores manifestaciones de responsabilidad del Estado, trabajando cardinalmente en la erradicación de los focos de infección causantes de epidemias y enfermedades.

Aparece la legislación secundaria, indagando normar el bienestar interno de la población, brotan políticas públicas que se expanden de forma lenta en el país, llama la atención el aporte del Código de Policía Sanitario que tenía por objeto apoyar ejecutivamente la acción de las autoridades técnicas de sanidad e higiene.

A nivel global la OMS en 1946 define por primera vez a la salud pública como el estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad.

En el desarrollo de normas constitucionales e infraconstitucionales se descubre un débil marco regulatorio especial y dedicado al tratamiento de la medicina y los daños a la salud que provoca la actividad médica. Es la época en la que la responsabilidad del médico se relaciona y juzga como lesiones en el ámbito penal.

El discurso sobre medicina y salud nada refleja la responsabilidad de los médicos, la propia cultura no acerca al daño a la salud como el elemento formulador de la responsabilidad profesional, sino el elemento desencadenante de ésta es la actuación profesional del médico siempre vindicativo y sancionador.

Las Constituciones de 1998 y 2008 desdoblaron un masivo elenco de derechos, evidencian el rigor protector que se da al derecho a la vida y sus correlativos derechos a la salud, integridad; derecho humano prioritario que obliga se aseguren aquellos servicios encaminados a su prestación bajo principios de calidad, eficiencia y eficacia.

Se enfocan, entre otros derechos, la dignidad humana, por el cual todas las instituciones del Estado y el derecho deben estar al servicio del hombre y convenir a las necesidades de este, mutan así los paradigmas en que predominan los derechos fundamentales en su existencia intrínseca antes que en la aplicación purista de la norma legal.

Termina la idea de la justicia patrimonial e inicia la era de una visión normativa integral constitucional, que introduce el concepto de los derechos del buen vivir y consideran a la salud como el derecho – de servicio público - que es de obligación y garantizado por el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio material de políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales.

En democracia el derecho a la salud busca el bienestar de todos, por ello los criterios de calidad y eficacia rebasan los criterios económicos como indicador que sirven para evaluar el resultado de la prestación profesional médica.

El principio de tutela de la salud con grado constitucional, en el país se tiene como un derecho civil. El masivo acceso a la información, muestra un giro con respecto a dicha relación médico paciente, de aquel paternalismo equivocado, se pasa a un nuevo modelo que abandona la estructura vertical que poseía para reflejarse en un vínculo horizontal en el que elementos como la libertad, autonomía y capacidad caracterizan tanto las facultades del médico como los derechos del paciente.

Al siglo XX considera como la época de la institución del consentimiento informado, los derechos del hombre y el respeto de su condición humana se convierten en el eje de las relaciones médico-asistenciales.

La categoría de derecho fundamental del consentimiento informado se da por el ejercicio del derecho a la autodeterminación, en directa relación de aplicación protectora de la vida, integridad física, libertad y libre desarrollo de la personalidad.

Se comprende el giro total de las relaciones médico-paciente, podemos afirmar que desaparece el paternalismo hipocrático siendo sustituido por el reconocimiento de los derechos del paciente, entre los que destaca como uno de los más importantes: la dignidad humana.

El reconocimiento al paciente observando el estricto respeto a la dignidad humana, la autonomía de voluntad, la intimidad y debida reserva o confidencialidad, apuntan no solo a los médicos, sino a todo el equipo sanitario, profesional o no de la salud, que opere o trate la información de los pacientes o tengan acceso a ella.

Descubrimos que en las acciones profesionales destinadas a la materialización del derecho al consentimiento informado la prestación es mínima, superficial y monótona, el consentimiento informado no es un formulario, es un derecho fundamental, violación y carencia de prestación que da lugar a que se produzcan acciones como civiles de daños morales.

La cobertura legal dada a esta institución de manifestación de voluntad del paciente, en el Ecuador, no pasa de ser un enunciado y carece de desarrollo legislativo y jurisprudencial, muy a pesar de la importancia de la garantía de información y de consentimiento en el tratamiento médico, sobre todo si se tiene en cuenta que la práctica médica más sencilla encierra siempre un riesgo.

Médicos y pacientes no conciben al consentimiento informado como el instrumento mediante el cual el enfermo ejerce habitualmente su derecho a la autonomía o autodeterminación en el marco de la relación clínica asistencial, con el agregado de que a través de él puede incluso negarse a recibir atención médica.

El consentimiento informado es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y que como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico.

Reconocemos al daño como elemento indiscutible generador de responsabilidad, para ello debe gozar de características propias e imprescindibles para aceptarlo como el elemento material que va al interno del daño, relacionado con el elemento físico; y, el elemento de carácter formal concreto descrito en la norma jurídica, lo que permite un efecto, esto es, provocar la reacción del derecho que concede su represión.

La categorización del daño tiene como fuente los mismos supuestos del mismo derecho, esto son los Tratados Internacionales, la Constitución de la República normas derivadas de las leyes y especialmente del desarrollo jurisprudencial a través de las interpretaciones y argumentaciones teleológicas progresivas, temporal y espacial

nacidas en Tribunales y Altas Cortes de Justicia, así el daño se reconoce de este proceso de integración complejo de normas, rebasando el método de subsunción, conjugando y complementándose con las interpretaciones jurisprudenciales según nuevos métodos, en muchos casos precedidas con corrientes doctrinarias progresivas.

Desde la noción del derecho de daños, el daño patrimonial es mucho más amplio que se sentido patrimonial-técnico, va más allá de los bienes exteriores de las personas, se reconocen los daños a las potencialidades humanas que poseen naturaleza económica, que, a pesar de estar desprovistas de valor económico, adquieren esta característica al ser aplicadas dadas sus finalidades productivas.

La integridad personal dañada representa un valor económico instrumental como capital destinado a ser fuente de beneficios económicos de toda índole, su afectación disminuye el desarrollo de su desenvolvimiento futuro, con ello el daño está en condición de ser susceptible de apreciación pecuniaria y por tanto indemnizable.

Al tratar el daño como el interés jurídico protegido encontramos que el concepto reparador no se puede aplicar a todas las acciones que provocan un daño sino únicamente a aquellas que se encuentran tutelados por la ley.

La relectura del sistema del derecho de daños no se agota, a la teoría general, que basa su vigencia y justificación, delimitando que debe responderse por el daño injustamente causado, con aplicación de los clásicos elementos: la antijuridicidad, el daño, la culpa, la relación causal.

Aparece y suma un potente ingrediente hacedor del derecho, visibilizar a la víctima – quien sufre injustamente el daño – esto es, cuando es injusto que lo soporte quien lo recibió, ocurra o no ilicitud en el obrar del llamado a responder, muta la responsabilidad de ser tratada como deuda del deudor, transformada en adquirir virtualidad el crédito de la víctima.

Se diluye entonces el concepto de la antijuridicidad como supuesto de una conducta *per se* ilícita, como presupuesto de responsabilidad, entendiéndose lo que se denominada el pasaje del *iure del ilícito* a la concepción del *sine iure* del daño injusto.

Destaca que la evolución y tránsito continua a la noción del daño injustamente causado a la de daño injustamente sufrido, con repercusiones más amplias en el sentido del reconocimiento del tradicional titular inmediato y discreto a los titulares de los derechos colectivos, cuya violación de derechos pequeños provoca daños a un todo mucho más vasto.

El debate solo inicia, es inagotable que en un código escrito puedan describirse todos los daños contentivos de un derecho subjetivo o interés legítimo, entendiéndose que los descritos en la ley gozan de un mejor tratamiento bajo el velo de la seguridad jurídica, lo que no quiere decir que los otros, no descritos en la ley no sean merecedores de tutea; es el activismo judicial el que llena estos espacios de reconocimiento de los daños y su correlativo efecto reparador.

Es exponencial la prueba del daño en las acciones derivadas de la actuación médica, de ahí su derivación y encuadre de su tipicidad, alcance y reparación.

La responsabilidad civil contiene una característica muy propia dada su amplitud e injerencia, siendo ésta multicausal y multidimensional, encuentra su origen en un indeterminado caudal de hechos y de aplicación en todos los extractos en los que el derecho busca proteger – el derecho a la salud de las personas.

La responsabilidad implica una obligación de dar, pero en la actualidad consigue ser el mismo modo de hacer o no hacer, junto a valores como la verdad, la justicia, la rehabilitación, la garantía de no repetición, el espectro de su eficacia se amplía, hasta lograr la reparación total.

Prosperan los dos tipos de responsabilidad contractual y extracontractual, la teoría de la unidad de responsabilidades con objeto de plantear esta bifurcación en términos clave frente de obligaciones constitutivas y adyacentes y no excluyentes.

Conceptualmente está superada la noción diferenciadora de daño y perjuicio; se tiene en términos generales como sinónimo, a pesar de ello se reitera que el daño es el hecho como tal, mientras que el perjuicio es la consecuencia o merma patrimonial, dos procesos que conducen a reconocer la relación inmediata de causa efecto entre los dos.

La naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico es de medios y no de resultados, por lo que la obligación de suministrar todos los cuidados necesarios del paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*.

El elemento culpa en la responsabilidad civil puede considerarse como – derecho pético - obsoleto, residual y propenso a su desaparición, más la mayoría de la doctrina le atribuye un grado de garantía, pues constata que siendo cualquier persona potencial causantes de daños a los demás, solo responderá de aquellos causados por tratos culpables y no fortuitos.

La responsabilidad penal del médico surge cuando se comete un delito o una falta, grave o leve. Para que el acto médico no incurra en responsabilidad penal, debe

llevarse a cabo por un facultativo, que haya obtenido el consentimiento del paciente, ya sea expreso, oral o escrito; y, que el profesional observe las reglas propias de la profesión, esto es, la *lex artis*.

Desde el derecho penal, se confirma que, en este medio, la ejecución médica, se está más expuesto a incurrir en errores o fallos, reconociendo la falta de aplicación y carencia de alta calidad de preparación como el deber objetivo de cuidado.

Las acciones judiciales en materia de responsabilidad médica, son ampliamente difundidas y ejecutadas en el área penal, lo que deja ver que la cultura vindicativa de la justicia ecuatoriana con extrema frecuencia gira alrededor de la sanción al autor del daño, dejando en segundo plano la reparación de la víctima.

Se muestran evidencias de las carencias judiciales en la apreciación de los criterios de imputación de la responsabilidad, en el Ecuador el sistema de responsabilidad civil, se basa en la presencia de una regla de responsabilidad general, cuyo alcance operativo se extiende a cualquier hecho doloso o culposo que causa un daño; desatendiendo el fundamento de distinción entre el sistema de responsabilidad de pluralidad de hipótesis normativas especiales, esto es, en materia médica irrumpir en la no prestación por ejemplo del consentimiento informado, la *lex artis*, *lex artis* *ah doc* - criterios subjetivos que dan lugar a daños resarcibles - estos últimos criterios de imputación que reposan sobre la autenticidad de índices objetivamente detectables – deficiencia de calidad de prestación del servicio de salud - mientras que la valoración de la conducta del sujeto al que se tiene la intención de imputar el daño, se la toma en cuenta si, pero no de modo exclusivo, encontrándonos por tanto bajo un modelo de criterio de imputación de responsabilidad mixto.

En la responsabilidad objetiva del Estado, se identifican matices de progreso sobre la pétrea fórmula romano-germánica, anticipando otros elementos estructurales a la carga de la cláusula general de responsabilidad, consagrada en el Art. 11 inciso primero de la Constitución de la República, esta es la violación de los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos u omisiones de funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.

El deber de conducta esperado en la responsabilidad objetiva del Estado está superado en materia probatoria, es imperativa la concurrencia material y objetiva del nexo de causalidad jurídico entre el daño en sentido fenomenológico y la omisión provocadora del perjuicio.

Se establece el fundamento jurídico que sustenta el deber de reparar, transformando el daño fenomenológico en un daño resarcible.

La falta de criterios jurisprudenciales uniformes en el ámbito nacional impide ajustar las indemnizaciones a parámetros razonables en las sentencias judiciales; preocupa a todos los operadores del sistema la falta de herramientas técnico – jurídicas a través de las se intente objetivizar en justicia el quantum indemnizatorio.

Los parámetros para valorar el perjuicio inmaterial, esto es, indemnización la justificación de la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta, constituyen elementos tan subjetivos que han tolerado, el arbitrio por parte de los juzgadores al momento de fijar la indemnización, desatando el abuso del derecho sobre esta categoría resarcitoria.

En nuestro ordenamiento jurídico no existen tablas de liquidación de los perjuicios inmateriales (baremos) lo cierto es que son infrecuentes que los jueces puedan identificar y determinar bajo criterios objetivos la valoración tasación y liquidación de aquellos.

El sistema de valoración abierta, como es el ecuatoriano, en el que no existen límites legales impuestos en cuanto a qué es indispensable y cómo se indemniza, pueden crear desconciertos, sin embargo, debe coexistir una armonía entre la normativa y el campo ético que origine el respeto por la vida humana, esto ha permitido que esta carga trasladada al Juez, licencie decisiones y cuantificaciones poco razonables, que no reconocen los derechos e intereses legítimos del acreedor de la indemnización.

La necesidad cada vez más frecuente de valoraciones del daño personal y su correspondiente indemnización coloca en la necesidad de cambiar el sistema de apreciación resarcitorio nacional, poniendo como evidencia al paciente reprimido, quien debe vivir con las consecuencias que aquejan su calidad de vida y, por consiguiente, debe resistir procesos legales interminables que conducen a perjuicios psicológicos y morales, aumentados.

Con respecto a los perjuicios morales producidos lo que va seguir imperando es la compensación, encargada de aliviar, pero no de reparar el perjuicio.

El daño a la salud posibilita su reparación considerada en sí mismo, sin concentrarse en materia exclusiva y principal en las manifestaciones externas, el daño y su reparación ganan concreción y objetividad, en donde las categorías abiertas se pierden, de ahí que la aplicación de estándares de legitimidad judicial permitan garantizar los principios de dignidad humana y de igualdad material.

El principio de reparación integral en materia de responsabilidad médica se utiliza casi en su totalidad en su vertiente penal, por disposición legal, comprometiendo de esta forma la irradiación de este principio constitucional en otras áreas del derecho incluida la civil, zonas grises que no tiene visos de solución a futuro.

A pesar de todo será la Jurisprudencia la que todo puede y debe reconocer la reparación integral aún de oficio.

Es evidente la deformación del principio de reparación integral, los jueces aplican en sus sentencias este principio reducido únicamente al rubro indemnización, olvidando de modular sus sentencias y de permitir que se integren a la reparación el contexto, la urgencia, la gravedad, la racionalidad médica, las medidas de satisfacción, de rehabilitación, restitución y garantías de no repetición.

Se precisa un cambio de mentalidad y la adopción de mecanismos idóneos en el contexto nacional para enfrentar los casos expuestos, con una nueva concepción de contar con un sistema amparado por una ideología general de que todos pueden y deben acceder a una asistencia médica moderada, adecuada y eficiente, para llegar a ser una mejor sociedad y mejores individuos.

En el aspecto civil regulado por la materia civil (Código Civil) no hay norma que regule esta relación, por tanto, hay un vacío normativo importante.

Bibliografía

- Albiez, Klaus. “El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo”. *Revista de Derecho Privado* 82, n.º 5 (1998): 361-85.
- Acciarri, Hugo. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Aguas Ortiz, Juan Carlos. *Medicalización y política internacional en el Ecuador del siglo XX: El Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez”*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.
- Aguiar, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora, 1951.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Ediciones Legales, 2012.
- Albán, Juan Pablo. *Conferencia Derechos Humanos*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2016.
- Alterini, Atilio Anibal. *Estudios de derecho civil: Conceptos, Mercosur, contratos, consumidor, derecho de daños, reformas*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Alterini, Jorge Horacio. *El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones*. Buenos Aires. La Ley, 2009.
- Alegre Martínez, Miguel Ángel. “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”. *Revista de Derecho Político*, n.º 53 (2002): 337-60.
- Andorno, Roberto. “Dignidad humana”. En *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, t. I. Granada: Universidad de Deusto-Comares, 2011.
- Andrada, Alejandro Dalmasio. *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- Andruet, Armando. *Bioética, derecho y sociedad, conflicto, ciencia y convivencia*. Córdoba: Alveroni Edic., 2004.
- Antolisei, Francesco, *Il rapporto dicausalità nel diritto penale*. Torino: Giappichelli, 1960.
- Apel Otto, Karl. *La ética del discurso como ética de corresponsabilidad por las actividades colectivas*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Investigaciones Éticas, 1995.

- Aquino, Tomás. *Suma Teológica*, t. I-II. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.
- . *Comentario a la Ética de Nicómano*. Pamplona Estudios Universitarios de Navarra, 2010.
- Araujo Granja, M. Paulina. *Vademécum de responsabilidades del área de la salud en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Arenas, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá. LEGIS, 2013.
- Argnani, Paula. *Responsabilidad penal del médico-El ejercicio médico profesional*. Buenos Aires: Astrea. , 2013.
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Madrid. Gredos, 2014.
- Asociación Americana de Hospitales. *Declaración de derechos del paciente*. Lisboa: AAH, 1973.
- Asamblea General de la AMM. *Código internacional de ética médica*. Londres: AMM, 1999.
- Asociación Médica Mundial. *Declaración de Ginebra, nueva versión del Juramento Hipocrático*. Ginebra: AMM, 2006.
- . *Declaración de Helsinki*. Helsinki: AMM, 1964.
- . *Declaración de Taipei*. Taipei: AMM, 2016.
- . <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-taipei>.
Accedido 17 de febrero de 2019.
- . *Declaración de Tokio*. Tokio, AMM, 1995.
- . *Doce principios para la atención de la salud en cualquier sistema nacional de salud*. Nueva York: AMM, 1963.
- Ávila, José Alberto *¿Cuáles son los principios éticos utilizados en la medicina?*
Accedido 12 de febrero de 2019.
<http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/principialismo.html>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- . “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. Ponencia, Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012.
- . *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito: UASB-E / Abya-Yala, 2011.

- Ayala Mora, Enrique. *Historia, tiempo y conocimiento del pasado: Estudio sobre periodización general de la historia ecuatoriana; Una interpretación interparadigmática*. Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional (CEN), 2014.
- Azvalinsky, Alejandro Marcos. *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: Civil y pena*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Basic, Roberta. *Crímenes e impunidad*. Santiago de Chile, CODEPU, 1996.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual del derecho penal parte general*. Bogotá: Temis, 1998.
- Banfi del Rio, Cristian. *Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2017.
- Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral*. Guayaquil: Edino, 1995.
- Barros, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Beauchamp, Tom, y Laurence Mc. Cullough. *Ética médica, las responsabilidades morales de los médicos*. Barcelona: Edit. Labor, 1987.
- Becker, Gary S. *Tratado de familia*. Madrid: Alianza, 1987.
- Bello Janeiro, Domingo. *La responsabilidad médica*. Bogotá: Temis, 2015.
- Belvedere, Andrea. “Causalità giuridica?”. *Rivista di Diritto Civile I* (2006).
- Bidart Hernández, José Pascual. *Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- Bidart Campos, Germán. *Casos de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1997.
- Blanco, Luis Guillermo, comp. *Bioética y bioderecho cuestiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 2002.
- Bohórquez Monsalve, Viviana, y Javier Aguirre Román. “Tensions of Human Dignity: Conceptualization and Application to International Human Rights Law”, *Sur-International. Journal on Human Rights* 6, n.º 11 (2009): 40-63.
- Bonnet, Pablo. *Lecciones de medicina legal*. Buenos Aires: López, 1984.
- Borda, Guillermo. *Manual de derecho civil. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- . *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Borja Sarasola Jáudenes, Francisco de. “Principios y valores filosóficos, jurídicos y políticos de las Constitución de Cádiz de 1812”. Tesis de Pregrado, Universidad Complutense de Madrid.

- Brebbia, Roberto. *Hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Brebbia, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Bibliográfica, 1950.
- Breilh Paz y Miño, Jaime, ed. *La medicina ecuatoriana en el siglo XXI: Clínica y diagnóstico*. Quito: UASB-E / CEN, 2018.
- Breilh Paz y Miño, Jaime, y Fanny Herrera. *El proceso juliano: Pensamiento, utopía y militares solidarios*. Quito: UASB-E / CEN, 2011.
- Brody, Howard. “El jefe de clínica médica”. En *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, coordinado por Florencia Luna y Arleen Salles, 63-75. Buenos Aires: Edit. Sudamericana, 1995.
- Bueres, Alberto J., y Eugenio Raúl Zaffaroni. *Responsabilidad médica: Aspectos civiles y penales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- Bueres, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1988.
- Bustamante Alsina, Jorge. *La responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión*. Buenos Aires: Perrot, 1976.
- . *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- Busto Lago, Manuel. “La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual”. En *Manual de responsabilidad civil*. Edgardo López Herrera, 777-80. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.
- Caballo, Anna. *L'esercizio del diritto penale. Napoli*,. Bogotá: Editorial Temis, 1965.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario elemental jurídico*, 3.^a ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Cadenas Osuna, Davinia. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Calvo Soler, Raúl. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- . *Donde la justicia no llega: cuando el proceso judicial no acompaña*. Madrid: Gedisa, 2018.
- Cane, Peter. “Corrective Justice and Correlativity in Private Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, n.º 3 (1996): 471-88.
- Cárdenas Quiroz, Carlos. “Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984”. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas Facultad de Derecho Universidad de San Marcos* (1989).

- Cardona Hernández, Alfredo. *La responsabilidad médica ante la ley*. Bogotá: Copiyepes, 1980.
- Carta encíclica *Fides et ratio*. Juan Pablo II.; 14 de setiembre de 1998, AAS 91 (1998) n.º 43.
- Carrasco Gómez, Juan José. *Responsabilidad médica y psiquiatría*. Madrid: Colex, 1998.
- Carro González, Francisco Javier. “Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria”. Tesis doctoral. Universidad da Coruña, 2014.
- Castaño de Restrepo, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica: Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud*. Bogotá: Temis, 1997.
- Castaldo, Andrea-Rafaëlle. *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*. Buenos Aires: Euros editores, 2008.
- Castro, Álvaro. *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Ciudad de México: Porrúa, 1997.
- Cecchetto, Sergio. “Consentimiento informado: Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimientos”. En *Bioética y bioderecho: Cuestiones actuales*, editado por Luis Guillermo Blanco, 91-116. Buenos Aires: Eudeba, 2002.
- Cerezo Mir, José. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: B de F, 2008.
- Chabas, François. “La pérdida de una oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad”. Traducido por Fernando Moreno Quijano. *IARCE*, n.º 8 (1994). Edición electrónica.
- . “La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese”, *Responsabilità Civile e Previdenza* 66, n.º 1 (2001): 13-7.
- . *Cien años de responsabilidad en Francia*. Traducido por Mauricio Tapia. París: Dieren, 2004.
- Chartier, Yves. *La réparation du préjudice*. París: Edit. Dalloz, 1996.
- Chindemi, Doménico. *Il danno da perdita di chance*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- Colautti, Carlos. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 2004.

- Coleman, Jules L., y Arthur Ripstein. "Mischief and Misfortune". *McGill Law Journal*, n.º 41 (1995-1996): 91-130.
- Colmo, Alfredo. *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Menéndez, 1920.
- . *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961.
- Concepción Rodríguez, José Luis. *Derecho de daños*, 3.ª ed. Madrid: Bosch, 2009.
- Corbella, Jacinto. *Evolución del concepto de responsabilidad médica*. Barcelona: Organización Médica Colegial, 1991.
- . *La responsabilitat del metge i de les institucions sanitàries*. Barcelona: Real Academia de Medicina de Barcelona, 1985.
- Córdova Roda, Juan. "Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario del nuevo Código Penal". *Derecho y Salud* 4, n.º 2 (1996): 141-6.
- Córdova Castroverde. "Intervención acerca de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial". En *Jornadas sobre Derecho y Medicina*. Las Palmas. Ponencia, 2012.
- Corominas, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. Madrid: Gredos, 1987.
- Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 8.º ed. París: Presses Universitaire de France, 2007.
- Courtis, Christian. *Observar la ley. Ensayo sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- Cupis, Adriano de. *El daño. Teoría general de la responsabilidad*. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.
- Dalmacio, Alejandro. *Responsabilidad del Estado y de las funciones públicas*. Buenos Aires. La ley, 2008.
- De Aguiar Días, José. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II. Buenos Aires: José M. Cajica, 1957.
- Del Evangelio según san Mateo 5: 38-42. Sagrada Biblia.
- Di Pietro, Alfredo. "Sobre el principio 'alterum non laedere'". Accedido 10 de marzo de 2019. <https://www.abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>.
- Diario Médico, Sección Normativas, julio 23 y diciembre 9 de 2003, 16.
- Diccionario griego-español*. Barcelona: Sopena, 1999.
- Diccionario ilustrado latino-español, español-latino*. Barcelona: Prudentia, 1999.

- De Trazegnies, Fernando. *Para leer el Código Civil: La Responsabilidad Extracontractual*, t. II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- Donati, Alberto. *Danno non patrimoniale e solidarietà: I ilimitate della ammissibilità della riparazione del danno non patrimoniale nella giurisprudenza dei Supreme Collegi*. Padova: Cedam, 2004.
- Donabedian, Avedis. *La calidad atención médica*. Ciudad de México: COPILCO, 1980.
- Domingo, Vicente. *Los daños corporales: Tipología y valoración*. Barcelona. Bosch, 1994.
- Domínguez Pérez, Eva. “Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de los daño y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación [BOE n.º 228, de 23-IX-2015]. *Ars Iuris Salmanticensis: IAS. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología* 4, n.º 1 (2016): 303-6.
- DRAE. *Definición de dolo*. <http://dle.rae.es>. 2018.
- Dworkin, Ronald. “¿Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies* 9, n.º 2 (1980): 191-226.
- Echeverry, Alfredo. “Tipos penales aplicables a la actividad médica”. *Revista Chilena de Derecho*, n.º 13 (1986): 271-80.
- Fernández, Antonio. “El concepto de responsabilidad”. En *Homenaje al Maestro José Barroso Figueroa*, coordinado por Jorge Domínguez y José Sánchez, 95-110. Ciudad México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2014.
- Fernández, Carlos. *La noción jurídica de la persona*. Lima: San Marcos, 1962.
- Fernández Costales, Javier. *El contrato de servicios médicos*. Madrid: Civitas, 1988.
- Fernández Díaz, Natalia. “La historia de la medicina y de la enfermedad: Metáforas del cuerpo y de las instituciones. De la Edad Media al siglo XIX”. *Thémata. Revista de Filosofía*, n.º 45 (2012): 109-19.
- Fernández Puente, Manuel (2012) “Aspectos de la responsabilidad médica”. *Revista Chilena de Cirugía* 54, n.º 6 (2002): 563-5.
- Fernández Ruíz, Jorge. *Derecho administrativo*. Ciudad de México: McGraw-Hill, 1997.
- Fernández Sessarego, Carlos. “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”. En

- Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*
Lima: Studium, 1986.
- . “El daño del proyecto de vida”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, n.º 50 (1996).
- Finnis, John. *Derecho natural y Derechos naturales*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitaria, 1992.
- Fierro Benítez, Rodrigo. “Biopatología, el yodo y la tiroides: los isótopos radiactivos en la medicina ecuatoriana en el siglo XXI”. En *La medicina ecuatoriana en el siglo XXI: Clínica y diagnósticos*, t. I, editado por Jaime Breilh Paz y Miño, 313-38. Quito: UASB-E / CEN, 2018.
- Figuroa, Sandra. *Introducción a la salud pública*. Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos, 2013.
- Fischer, Hans. *Los daños civiles y su reparación*. Madrid: Librería general del Victoriano Suárez, 1928.
- Forsthoff, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- Fraga, Damián Antonio, y Manuel Lamas Meilán. *El consentimiento informado. El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid: Edit. Revista Xurídica Gallega, 1999.
- Frosini, Benito. *Leprove statistiche nelproceso avile e nelproceso penale*. Milano: Giuffrè editare, 2002.
- Galán Cortés, Julio. *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*. Madrid: Edit. Colex, 1997.
- . *La responsabilidad civil médica*. Madrid: Civitas, 1999.
- . *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.
- Garay, Oscar Ernesto. *Responsabilidad civil de los medios Ética, Bioética y jurídica: Civil y penal*. Buenos Aires: la Ley, 2007.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- García Moreno, Francisco. “El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto al largo de la Historia de la Filosofía”. *El Búho: Revista electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía* (1997): 1-4.
- García, Manuel, y Mara García Cristina. *Nuevo Manual de valoración y baremación del daño corporal*. Granada: Comares, 2012.

- Garzón Valdés, Ernesto. "El enunciado de responsabilidad". *Doxa 19: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1996): 259-86.
- Gardner, John. "What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice". *Law and Philosophy* 30, n.º 1 (2011): 1-50. <https://doi.org/10.1007/s10982-010-9086-6>.
- Gascón Abellán, Marina. *Hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Ghersi, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.
- . *La responsabilidad por prestación médica asistencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.
- Ghersi, Carlos Alberto, y Celia Weingarten. *Tratado de daños reparables*, t. I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008.
- Gil Botero, Enrique. *La constitucionalización del derecho de daños: Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, 2014.
- Giovagnoli, Robertto. *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- Gisbert Calabuig, Antonio. *Medicina legal y toxicología*. Valencia: Fundación García Muñoz, 1984.
- Gisbert Grifo, y A. Fiori. "Responsabilidad médica". En *Medicina legal y toxicología*, editado por E. Villanueva Cañadas y Gisbert Calabuig, 6.ª ed., 109-24. Barcelona: Masson, 2004.
- Gitseaton, Ayllen. "Cargas probatorias dinámicas, una solución ante la dificultad probatoria". *Revista de Estudios Lus Novum*, n.º 3 (2010): 63-86.
- Goldemberg, Isidoro. *La responsabilidad civil. Ensayo de sistematización*. Buenos Aires: Revista Jurídica de San Isidro, 1982.
- . *La unicidad de lo ilícito. Su problemática*. Buenos Aires. Revista Jurídica de San Isidro, 1967.
- Gómez, Carlos. "Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad". *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 4 (2017): 1-14.
- Gómez Pomar, Fernando, Ignacio Marín García. *El daño moral y su cuantificación*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.

- Gómez Rivero, Manuel. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- González, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986.
- . *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Madrid: Civitas, 1996.
- González, Juliana. *Genoma humano y dignidad humana*. Barcelona: UNAM / Anthropos, 2005.
- Gordley, James. *Foundations of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Gorla, Gino. “Sulla cosiddetta causalità giuridica: ‘fatto dannoso e conseguenza’”. En *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 1. Milano: Giuffrè editare, 1951.
- Guerra, Francisco. *Historia de la medicina*. Madrid: Ediciones Capitel, 2007.
- Günther, Jakobs. *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- Gutiérrez Camacho, Walter. “Paciente o consumidor: El contrato de servicio médico y la responsabilidad del médico”. En *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 6-n. ° 22, 259. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- Guzmán, Fernando, y Carlos Albeto Arias. *La historia clínica: elemento fundamental del acto médico*. Bogotá: Médica Distribuna, 2012.
- Hamber, Brandon. “Narrowing the Micro a Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition. En *The Handbook of Reparations*, editado por Pablo De Grieff, cap. 16. Oxford: University Press, 2006.
- Hans, Jonas. *El principio de la responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.
- Harger, Roberto *La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente*. Accedido 6 de febrero de 2019. <http://advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.doc>.
- Hegel, G. F. *Filosofía del derecho*. Traducido por A. Mendoza. Ciudad de México: Ediciones Casa Juan Pablo, 2004.
- Highton, Elena, y Sandra Wierzba. *La relación médico paciente: El consentimiento informado*. Nueva York: Ad-Hoc, 1991.
- Highton, Elena, Oscar Malamud y Miguens Wierzba. *Responsabilidad médica: En pro de la teoría de la culpa, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

- Hipócrates. *Tratados médicos*, Madrid: Anthropos, 2001.
- Honig, Richard. “Kausalität und objektive Zurechnung”. En *Festsgabe für Reinhard v. Frank*. Tübingen: Scienta Verlag, 1930.
- Instituto de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán. Accedido 22 de febrero de 2019. <https://www.incmnsz.mx/opencms>.
- Iraola, Lidia Nora, y Hernán Gutiérrez Zaldívar. *Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis. La presencia en el tema de la asociación médica argentina y sociedades médicas afines*. Buenos Aires: Comité Peritos AMA, 2014.
- Isaza Posse, María Cristina. *De la cuantificación del daño, Manual teórico-práctico*, Bogotá: Temis, 2009.
- Izquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.
- Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1994.
- Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1978.
- Jeschek, Hans Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Granada: Comares, 2002.
- Josserand, Louis. *Derecho civil*, t. 3, vol. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía. Editores, 1976.
- Katz, J. “Informed Consent in Therapeutic Relationship: Legal and Ethical Aspects”. En *Encyclopedia of Bioethic*, vol. 2, editado por W. T. Reich. Nueva York: Macmillan, 1978.
- Kelsen, Hans. *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*. Buenos Aires: Depalma, 1945.
- Kohlberg, Lawrence. “Moral Stages and Moralization: The Cognitive Developmental Approach”. En *Moral Development and Behavior: Theory Research and Social Issues*, editado por Thomas Lickona, 33-51. Nueva York: Holt, Reinhard and Winston, 1976.
- Kraut, Alfredo. *Responsabilidad civil de los psiquiatras* (Buenos Aires: Edit. La Rocca, 1998.or
- Laborda Calvo, Eugenio. *La valoración del daño: Estudio del nexo de causalidad*, Madrid: Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal, 2016.

- Lambert-Faivre, Yvonne. "La victime d'un dommage corporel et son avocat". *Gazette Palais* (1999).
- Lambías, Jorge. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978.
- Lanz Cárdenas, José Trinidad. *Las responsabilidades en el servicio público*. Ciudad de México: INAP-Cámara de Diputados, 2006.
- Lara Chagoyán, Roberto. *El concepto de sanción: En la teoría contemporánea del derecho*. Ciudad de México: Fontamara, 2004.
- Larenz, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Aalen: Scienta Verlag, 1970.
- Lascariz Jiménez, Gerardo. "Mala praxis. Responsabilidad del profesional en medicina". *Revista Medicina Legal* 17, n.º 1 (2000): 17-29.
- Le Roy, Max. *L'évaluation du préjudice corporel*. París: Libraire de la Cour de Cassation, 1989.
- Levi, Alessandro. *Teoría general del derecho*, vol. I. Roma: CEDAM, 1967.
- Llambias, Jorge. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978.
- Lippke, Richard. "Torts, Corrective Justice, and Distributive Justice". *Legal Theory*, n.º 5 (1999): 149-68.
- Locke, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Alianza, 1990.
- López de la Vieja, María Teresa. "Dignidad, igualdad. La buena política europea". En *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.
- López Delgado, Floreal. "Cirugía estética: Los peligros de buscar la belleza". Consultado 12 de marzo de 2019. <http://elopezdelgado.com.ar/sitio/index.php/item/18-cirugia-estetica-los-peligros-de-buscar-la-belleza>.
- López Jacoistee, José. "Cien años de horizonte extracontractual". En *Centenario del Código Civil*. t. II. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil / Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- López Herrera, Edgardo. *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006).
- . *Manual de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2007.
- López y García de la Serrana, Javier, coords. *Manual de valoración del daño corporal: Guía de aplicación del sistema de baremación para accidentes de circulación*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

- Lorenzetti, Ricardo. *La responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fé de Bogotá: Rubinzal Culzoni, 1997.
- Luna Yerga, Álvaro. “Regulación de la carga de la prueba en la LEC”. *Working paper*. (2003): 1-26.
- Macia Morillo, Andrea. “La responsabilidad médica por los diagnósticos. Preconceptivos y Prenatales”. Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Madrid, 2003.
- Malaver Ponce, Moisés. *Responsabilidad médica*. Lima: USMP, 2011.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Martín Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación*. Quito: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Martín Casals, Miquel. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Traducido por la Red Española de derecho Privado Europeo y Comparado. REDPEC. Madrid: Aranzadi, 2008.
- Martínez Bullé-Goyri, Víctor Manuel. “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 136 (2013): 39-67.
- Matteis, Rafaella de. *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*. Padova: Cedam, 2009.
- Maurach, Reinhart, y Heinz Zipf. *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires: Astrea Medallo, 1994.
- Medallo-Muñiz, Jordi, Amadeo Pujol-Robinat A. y Josep Arimany-Manso. “Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional médica”. *Elsevier* 126, n.º 4 (2006): 152-6.
- Medina Alcoz, Luis. *Teoría de pérdida de oportunidad*. Navarra. Civitas, 2007.
- Medina Crespo, Mariano. *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*. Madrid: Bosch, 2015.
- Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Parte general. Libro de estudio*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.
- Midón, Marcelo. *Derecho probatorio*. Buenos Aires: Cuyo, 2007.
- Miccio, Renato. *Iditritti di crédito*. Torino: UTET, 1973.

- Mignon, Máxime. “Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens”, *Dalloz*, n.º II (1950).
- Ministerio de Salud Pública. *Código de Ética Médica*. Quito: Ministerio de Salud, 1992.
- Ministerio de Salud. *Reglamento de información confidencial en el Sistema Nacional de Salud*. Quito: Ministerio de Salud, 2015.
- Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: Hacia un nuevo sistema*, 2.ª ed. Barcelona: Civitas S. L., 2012.
- Moore, Jean Gastón, y Toulemon André. *Le préjudice corporal et moral en Droit commun, etudes pratiques et théoriques. Jurisprudence et méthodes d'évaluation*. París: Edit Sirey, 1968.
- Morán Sarmiento, Rubén. *El daño: Aspectos sustantivos y procesales*. Quito: Edilex, 2010.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica*. Medellín: Dike, 1998.
- Monsalve Caballero, Vladimir, y Daniela Navarro Reyes. *El consentimiento informado en la praxis médica*. Bogotá: Temis, 2014.
- Montano, Pedro. *Responsabilidad penal de los médicos*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amelio Fernández, 1986.
- Montanelli, Norberto. *Responsabilidad criminal médica*. Buenos Aires: Edit. García Alonso, 2005.
- Monterroso Casado, Esther. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Mosser Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Mosset Iturraspe, Jorge, y Miguel Piedecabras, *Derechos del paciente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Narváez Álvarez, María José. “La responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales y las instituciones del código civil ecuatoriano”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
- Nicol, Eduardo. *La idea del hombre*. Ciudad de México: Herder, 2004.
- Núñez Pacheco, Melisa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería, controversias y soluciones*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Olano García, Hernán. *Preguntas y respuestas de derecho constitucional colombiano y teoría general del Estado*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2009.
- Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba Lerner, 1980.

- . *El daño resarcible (actos ilícitos)*. Córdoba: Marcos Lerner, 1992.
- Osorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires: Heliasta, 1984.
- Padilla, René. *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires: Astrea 1996.
- Paludi, Osvaldo. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1976.
- Papacchini, Ángel. *Derecho a la vida*. Cali: Editorial Universidad del Valle, 2012.
- Papayannis, Diego. *Alterun non ladeare*. Girona: Universidad de Girona, 2001.
- . *Causalidad y atribución de responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Paredes, Virgilio. *Historia de la medicina en el Ecuador*. Quito: Casa de la Cultura, 1963.
- Parra Guzmán, Mario Fernando. *Carga de la prueba en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- . *Responsabilidad civil*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010.
- Pasquinelli, Enrico. *Problemi attuali della responsabilità del médico en, Trattati personae danno, a, cura*. Milano: Paolo Cendon Giuffré, 2004.
- Pazmiño Ballesteros, Marcelo. *Acción civil de daño moral, en accidente laboral*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2015.
- Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis, 1981.
- Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidad civil*. Río de Janeiro: Forense.
- Peña Cabrera Freire, Alonso Raúl. *Derecho penal: Partes especiales*. t. I. Lima: Editorial Debate Jurídico, 2010.
- Pessina, Enrique. *Elementos de derecho penal*. Madrid: Editorial Reus, 1936.
- Piedecasas, Miguel. “Derecho a la salud”. En *Derechos del paciente*, Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, 167-85. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.
- Pinzón Muñoz, Carlos. *La prueba de la responsabilidad extracontractual del Estado* Colombia: Ediciones Doctrina y la Ley, 2015.
- Pizarro, Carlos. “Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y persepectivas”. *Revista Médica de Chile*, n.º 136 (2008): 539-43.
- Platas, María del Carmen. *Prudencia y justicia: Exigencias de la ética judicial*. Ciudad de México: Veritra de Información Jurídica, 2006.
- Portero Lazcano, Guillermo. “Responsabilidad penal culposa del médico: fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia”. *Revista latinoamericana de Derecho Médico*, 6, n.º 2 (2002): 89-96.

- Pujol Robinat, Amadeu, y Lluïsel Puig Bausili *El informe médico-forense en las denuncias por mala praxis médica*. Barcelona: Departamento de Justicia, 1997.
- Pujol Robinat, Amadeu, C. Martín Fumadó y D. Giménez Pérez. *Responsabilidad profesional médica. Medicina legal en asistencia primaria. Guía práctica*, Barcelona: EdikaMed, 2012.
- Quevedo, Emilio, y Carlos Eduardo Vasco. *Historia social de la ciencia en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología Francisco José de Caldas, 1993.
- Ramírez, José Orlando. *Indemnización por daños ilícitos e incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Hammurabi, 1984.
- Raws, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: S. L.U. Espasa Libros, 2014.
- Realmonte, Francesco. *II problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè editare, 1967.
- Reglero Campos, Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1. Madrid: Thomson Reuters / Aranzadi, 2016.
- Reich W. T. *Encyclopedia of Bioethics I*. Nueva York: The free Press, 1978.
- Rensselaer Potter. *Bioethics, Bridge to the Future*. Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1971.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Diccionario de derecho penal*. Bogotá: UEC, 1977.
- . *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1990.
- Revello, Rubén. *Bioética: La verdad que busca el bien*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Revoredo de Debakley, Delia, comp., *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Lima: Universidad Andina del Cuzco, 1992.
- Rodas, Germán. “Visión histórica de la antinomia salud-enfermedad. Enfermedades en Quito y Guayaquil”. En *Aportes para la interculturalidad en la salud, compilado por Carmen Gangotena*, 123-42. Quito: UASB-E / FENOCIN / Seguro Social Campesino, 2011.
- Rodríguez, Arturo Alessandri. *De la responsabilidad extracontractual den el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- Rodríguez Álvarez, P. *Nociones de derecho procesal: Responsabilidad por las actuaciones sanitarias*. Alcalá: Formación Alcalá, 2003.
- Rodríguez, Concepción. *Principios de la reparación integral del daño*, 2010.

- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis, 2005.
- Rojas-Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo. “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva colombiana”. *Vniversitas* 129 (2014): 187-235.
- Rojas Salgado, Manuel. *Responsabilidad Civil Médica, la valoración de la prueba*. Medellín: Librería Jurídica, 2015.
- Romero Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal. Los problemas penales actuales de la biomedicina*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2011.
- Romero Soto, Luis. *Derecho penal, Parte general*. Bogotá: Temis, 1969.
- Rousset, Andrés Javier. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte IDH”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* (2011).
- Rotondi, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Madrid: Olejnik Ediciones, 2019.
- Salgado Pesántez, Hernán y Galo Chiriboga Zambrano. *Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana* Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 1995.
- Salgado Judith. *Son nuestros derechos: Derechos humanos y garantías constitucionales*. Quito: INREDH, 2000.
- Salvador, Pablo y Carlos Gómez. “De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n.º 3 (2002): 1-22.
- Sánchez, Amelia. *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Sánchez De la Torre, Ángel, e Isabel Araceli Hoyo Sierra. *Fundamentos del conocimiento jurídico. ¿Por qué se es responsable jurídicamente?* Madrid: Dykinson, 2007.
- Sancinetti, Marcelo. “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”. En AA. VV. *Teorías actuales en el derecho penal, 75. Aniversario del Código Penal*, 181-98. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- Sanz, Abraham. “El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4 (2000): 25-56.

- Serrano Escobar, Luis Guillermo. *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2012.
- Sheffer Tuñón, Javier Ernesto. *Responsabilidad pública y dignidad humana*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2013.
- Siegler, Mark. “Critical Illnes: The Limits of Autonomy”. *The Hastings Center Report* (1977): 12-5.
- Siguenza Bonete, Aida Melania. *La responsabilidad profesional de los médicos en el Ecuador*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2015.
- Simone, Roberto. “La responsabilità della struttura sanitaria publica e privata”. *Danno e Responsabilità*, n.º 1 (2003): 9-12.
- Sorokin, Patricia. *Bioética entre utopías y desarraigos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- Soto, Domingo de. *De iusticia et iure Libri decem* (texto impreso) 1556. Versión castellana Marcelino González Ordóñez. Madrid: DLM, 1967.
- Soudart, Auguste. *Traité général de la responsabilité ou de l’action en dommnages-interets en dehors des contras*. París: Marchal et Billard, 1902.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*, t. II, *De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis, 1986.
- . *De la responsabilidad civil*, t. IV, *De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis, 1999.
- . *Tratado de responsabilidad*. Bogotá: Legis, 2007.
- Tamayo, José. “Consentimiento informado”. *Revista Novedades Jurídicas*, Año IV (2007): 12-23.
- Taruffo, Michele. “La pro va dei fatti giuridici. Nozioni générale, Nozioni generali”. En Antonio Cicu, Francesco Messineo (Diretto da), *Trattato di Diritto avile e commerciale, continuate) da Luigi Mengoni*. Milano: Giuffre editaré, 1992.
- Tella, María José. “¿Y si no castigamos?”. En *Teorías de aplicaciones sobre la noción de responsabilidad jurídica*, editado por Ángel de la Torre Sánchez e Isabel Aracely Hoyo Sierra. Andalucía: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación / Dykinson, 2009.
- Thompson, J. *Los principios de la ética biomédica*. Madrid: Unaed, 2010.
- Thon, Augusto. *Norma jurídica y derecho*. Roma: Padova, 1939.
- Tourneau, Philipple. *La responsabilite civile*. París: Dalloz, 1982.

- Trespaderne Beracieto, María Isabel. *Argumentos para un nuevo enfoque en el enjuiciamiento de la responsabilidad por defectuosa asistencia en la organización sanitaria*. Álava: Comares, 2014.
- Tribunal Supremo Español (1991) *Aclaraciones sobre el Acto Médico*, Madrid: TSE.
- Trigo Represas, Felix. *Pérdida de chance. Presupuestos, determinación y cuantificación*. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- . *Reparación de daños por “mala praxis” médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Uribe García, Saúl, *Responsabilidad civil y del Estado*. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, 2015.
- Vargas, Eduardo. *Medicina forense y deontología médica, ciencias forenses para médicos y abogados*. Ciudad de México: Trillas, 1991.
- Vásquez Ferreira, Roberto. “La culpa médica y su prueba”. En Seminario “*Reflexiones sobre la responsabilidad en los servicios de la salud*.” Conferencia. Medellín: Colegio Médico, 1993.
- . *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Depalma, 2002.
- . “La responsabilidad civil de los médicos”. Accedido 24 de marzo de 2019. www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf.
- Vélez, Luis. *Ética médica. Interrogantes acerca de la Medicina, la vida y la muerte*. Medellín: Servigráficas, 1989.
- Vélez, Dalmacio. *Código Civil argentino*. Buenos Aires. Imprenta Nacional, 1917.
- Verdugo, Mario, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira. *Derecho Constitucional*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1994.
- Vergara Quintero, María del Carmen. “Tres concepciones históricas del proceso salud-enfermedad”. *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, vol. 12 (2007): 41-50.
- Vielma Mendoza, Yoleida. “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”. *Revista de Filosofía práctica* (2004).
- Wehmeyer, Michael, Feli Peralta, Aitziber Zulueta y María del Carmen González. *Escala de autodeterminación personal: Adolescentes y adultos con discapacidad intelectual*. Madrid: CEPE, 2014.
- Welzel, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2004.

- Yanguéz, Ricardo de Ángel (1993) *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1993.
- Yépez, Sergio. *La responsabilidad civil médica*. Medellín: Dike, 1992.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- . *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- Zannoni, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, 2.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- . *El daño en la responsabilidad civil. Antijuridicidad y causación, Daños patrimonial y pérdida de chance. Damnificados directos e indirectos. Estimación económica. Modos de reparación. Resarcimiento del daño moral*, 3.º ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Zavala de González, Matilde, “Comentario al art. 1067”, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Alberto Bueres, t. 3-A. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- . *Actuaciones por daños: Prevenir indemnizar, sancionar*. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Zuleta Puceiro, Enrique. *Elementos de teoría del derecho: Materiales para su estudio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

Fuentes jurídicas

Constitución y leyes

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley de Derechos y Amparo del Paciente*. Registro Oficial Suplemento 626, 3 de febrero de 1995.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, 22 de diciembre de 2006.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*, Decreto Ejecutivo 3611, Registro Oficial, 9 de enero de 2003.

Sentencia internacional

Corte IDH. “Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Reparaciones y Costas. Serie C n.º 42”. *Caso Loaiza Tamaño vs. Perú*. párr. 147.

Corte IDH, “Sentencia 14 de marzo de 2001”. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. 14 de marzo de 2001.

Corte IDH. “Sentencia 5 de julio de 2006. Excepción, Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas”. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. 5 de julio de 2006.

Corte IDH. “Sentencia 22 de noviembre de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. 22 de noviembre de 2007.

Corte IDH. “Sentencia 01 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*. 1 de septiembre de 2015.

Corte de Casación Francesa 1ra. de lo Civil de 8 de noviembre de 2000.

Sentencia nacional

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil. En *Juicio Ordinario n.º158-2014. María Augusta Aguirre Troya vs. Blum Pinto Bernardo*.

Ecuador Corte Suprema de justicia. Sala de lo contencioso administrativo. Resolución 168-2007 de 11 de abril de 2007.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia Ecuador Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Proceso Penal 065-2014. 23 de junio de 2015.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Caso *Charlotte Mazoyer vs. Clínica Pichincha y médicos dependientes*, 20 de abril de 2016.

Ecuador Corte Suprema de justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución 229-2002.

Ecuador. Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha. [Sentencia caso Juan José Pazmiño Pastor vs. Clínica Pasteur y otro], 2 de marzo de 2011.

Instrumentos internacionales

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: OEA, 1978.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París: ONU, 1948.

Organización Mundial de la Salud. *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Nueva York: OMS, 1948.

Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General n.º 14 (2000). Accedido 4 de abril de 2019. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HHR_PovertyReductionsStrategies_WHO_SP.pdf.