

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

**La causa como un principio determinante en los seguros de
responsabilidad civil médica en el Ecuador**

Julio Adrián Molleturo Jiménez

Tutor: Ramón Santiago Rodríguez Borja

Quito, 2024

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

Yo, Julio Adrián Molleturo Jiménez, autor de la tesis intitulada “La causa como un principio determinante en los seguros de responsabilidad civil médica en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros 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 virtual, 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 autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

21 de mayo del 2024

Firma: _____

Resumen

El contrato de seguros se sostiene en determinados principios, uno de estos es la causalidad. La relación de causalidad permite determinar si un siniestro tiene o no cobertura, sin embargo, cuando para la ocurrencia de ese hecho dañoso concurren diversas causas, esa relación de causalidad adquiere un mayor protagonismo. El seguro de responsabilidad civil y concretamente el seguro de responsabilidad civil profesional médica supone la cobertura para los riesgos que se encuentran vinculados con el actuar de los profesionales de la salud en cuya actividad puede provocarse un daño en las actividades ejecutadas por el médico en el desarrollo de esa relación médico-paciente. Este trabajo busca reconocer en la causalidad, y singularmente en la causa, un principio fundamental para el ejercicio de un ramo de seguros que, sin ser obligatorio, por fuentes directas e indirectas crece rápidamente en el Ecuador con un análisis mínimo respecto a todo lo que supone el acto médico, la salud como un interés asegurable y la responsabilidad que nace para los profesionales de salud quienes deben encontrar en estos contratos mecanismos de tutela patrimonial.

Palabras clave: causa, causalidad, contrato de seguros, responsabilidad civil médica, acto médico, imputación objetiva

A Verónica, amor de mi eternidad.

A Mía, amor de mi alma.

A mamá, mi luz infinita.

A mis hermanos, por su absoluta permanencia.

A papá, mi gran maestro, no solo por su conocimiento, sino por su sabiduría.

Agradecimientos

A la Virgen Dolorosa, por haberme bendecido en esta etapa académica y profesional. A Verónica y Mía, por el amor de sus sacrificios. A mis papás, hermanos, cuñados y sobrinos por su motivación y apoyo constante. A mis colegas y amigos Jaime, Christopher y Juan Bernardo. Al doctor Ramón Rodríguez, quien guio la idea de este trabajo, por su absoluto compromiso con el desarrollo académico.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Los principios del contrato de seguros de responsabilidad civil médica en el Ecuador	15
1. Características del contrato de seguro	16
2. Los principios del contrato de seguros, una clase de normas con propiedades estructurales	20
Capítulo segundo: La causa como un principio determinante en el contrato de seguros de responsabilidad civil médica	25
1. El acto médico	25
1.1. La responsabilidad civil, responsabilidad penal y responsabilidad médica	34
1.2. Responsabilidad civil, derecho civil y la prestación de servicios de salud	35
1.3. Responsabilidad penal, derecho penal y la prestación de servicios de salud	39
1.4. Responsabilidad médica, derecho médico y la prestación de servicios de salud	42
2. Teorías de causalidad.....	46
2.1. Causalidad natural: Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	48
2.2. Teoría de la causa próxima o causa inmediata	51
2.3. Causalidad jurídica: Teoría de la causalidad adecuada	53
2.4. Teoría de la imputación objetiva	57
3. La causa como un principio determinante	60
3.1. La trascendencia de la causa en el riesgo asegurado	64
3.2. La trascendencia de la causa en la ocurrencia del riesgo o en el siniestro	65
Conclusiones.....	69
Bibliografía.....	71

Introducción

Los contratos de seguros de responsabilidad civil médica en el Ecuador, así como los contratos de seguros en otros ramos, tienen determinados principios, quizás el más importante en razón de la esencia del seguro, es la causalidad. La relación de causalidad permite determinar si un siniestro tiene o no cobertura, sin embargo, cuando para la ocurrencia de ese hecho dañoso concurren diversas causas, esa relación de causalidad adquiere un mayor protagonismo.

El seguro de responsabilidad civil profesional médica supone amparo o cobertura de naturaleza civil para los daños ocasionados por el profesional de la salud en el desempeño de su actividad frente a sus pacientes.

De producirse el siniestro, la incertidumbre sobre la causa que lo ocasione pareciera tener una solución sencilla a través de la verificación de los hechos y su simple relación, por lo que, un análisis sobre la correcta o incorrecta aplicación que tuvo el profesional de la salud en torno a la *lex artis*, *lex artis ad-hoc* o el deber objetivo de cuidado, resultarían, a priori, suficientes para solucionar el cuestionamiento que se origina en la concurrencia de causas que provocaron el daño.

Sobre este riesgo propio de la actividad sanitaria, el desarrollo de la actividad aseguradora nos permite encontrar hoy en el mercado diversas opciones que brindan cobertura al ejercicio de las profesiones de salud por intermedio de las pólizas de responsabilidad civil profesional médica; para analizarlas es necesario empezar por comprender el funcionamiento y aplicación de los principios del contrato de seguros, en especial de la causa.

La causa como un concepto general puede ser comprendido como una definición de varias connotaciones, así, causa puede entenderse desde las obligaciones asumidas por dos partes, causa puede entenderse como específico en un hecho determinado y puede comprenderse como el vínculo entre un hecho y un resultado.

En estos términos, cuando la causa se observa desde las obligaciones contraídas, se entenderá que la causa es un elemento del negocio jurídico que contiene esas obligaciones, es decir, desde la teoría del negocio jurídico la causa es la razón o el motivo que genera que dos partes adopten obligaciones para que puedan ser ejecutadas entre sí, es decir, la causa es entendida como un elemento del contrato.

Por otra parte, cuando la causa es entendida como el puente entre la ocurrencia de un hecho o la ocurrencia de una conducta y un daño, la causa deberá ser entendida desde las teorías de la causalidad, en otras palabras, la causa se entenderá como un principio.

Bajo estas dos apreciaciones, la causa tiene un vínculo directo, en general, con todos los contratos, incluyendo a los contratos de seguros cobrando una especial relevancia en los seguros de responsabilidad civil profesional. Desde el negocio jurídico, la causa en el contrato de seguros nace de la necesidad que tiene el contratante, beneficiario o asegurado de proteger su patrimonio frente a eventos que les pudieren afectar, por lo tanto, la causa es para la aseguradora, el rédito económico o el cumplimiento del giro de su negocio, y, para el asegurado, la causa es la necesidad que tiene de tutelar su patrimonio o su vida, situación que se encuentra regulada en el art. 690 del Código de Comercio, de ahí que la misma en este particular es considerada como un elemento del contrato.

En este mismo contrato y en este mismo cuerpo normativo, la causa se consolida como la relación de causalidad que existe entre el evento incierto y su ocurrencia, es decir, entre el riesgo asegurable y el siniestro conforme los artículos 693 y 695 del Código de Comercio, de esta forma, la causa ya no es la sola intención de las partes, sino un mandato propio de la relación, un principio.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar y describir los principios que conforman el contrato de seguros de responsabilidad civil profesional médica en Ecuador. Para ello, se basará en la revisión de aportes doctrinarios, jurisprudenciales y la legislación actual ecuatoriana, así como en la consulta de literatura especializada en el ámbito jurídico. Entre los principios a examinar, se dará especial atención al principio de la causa, destacando su relevancia en este contexto.

Capítulo primero

Los principios del contrato de seguros de responsabilidad civil médica en el Ecuador

Al contrato de seguros, es posible definirlo brevemente desde tres concepciones. La primera, como una forma de previsión de riesgos en la que, los medios de vida de las personas, que están expuestos a diversos peligros, están protegidos para que en el caso de que esos riesgos se desarrollen, el perjuicio no afecte el patrimonio de la persona.

Una segunda idea es que el seguro, como tal, es una actividad financiera de orden público. Esta actividad se encuentra regulada por la autoridad competente y se instrumenta en un contrato suscrito por una persona jurídica con capacidad legal para obligarse y una persona natural o jurídica que mantiene un vínculo económico con determinado objeto o bien, contrato en el cual, a cambio del pago de un valor, la ocurrencia de un riesgo y sus consecuencias jurídicas en el marco de lo convenido, pueda ser reparado.

En la doctrina, estas dos primeras concepciones se explican bien de acuerdo con lo expuesto por Halperin¹ y Ulhoa Coelho² quienes en términos generales, han definido a los seguros como las actividades que son asumidas por empresas autorizadas exclusivamente para ese efecto y cuya obligación supone, a cambio del pago de una prima el asumir los efectos de la ocurrencia de un riesgo.

En tercer lugar, conforme al art. 690 del Código de Comercio,³ el seguro es un contrato mediante el cual, el asegurador –persona jurídica autorizada únicamente para ese fin- a cambio del pago de una prima, indemniza al asegurado –persona natural o jurídica, quien también puede ser el contratante y/o beneficiario- por la pérdida o afectación que pueda sufrir en virtud de la ocurrencia de un hecho que debe ser incierto, mientras el mismo se encuentre descrito en el contrato.

El contrato de seguros entonces vincula el interés de una persona con un objeto o bien, con la capacidad de otra para asumir las consecuencias que los daños convenidos puedan generar en el patrimonio de esa persona.

¹ Isaac Halperin y Juan Carlos Félix, *Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1991).

² F. Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial* (Sao Paulo, Brasil: Editora Saraiva, 2007).

³ Ecuador, *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.

Este contrato, como todo negocio jurídico, cuenta con distintas características que buscan adecuar la práctica contractual a las instituciones esenciales de la actividad. Dado el origen de la actividad aseguradora, y, la forma en la que se construye el contrato de seguros, estas características son complementos naturales del contrato y le conceden implícitamente soluciones jurídicas.

1. Características del contrato de seguro

Las características básicas están relacionadas con los sujetos contractuales, lo que determina quienes se encuentran sometidos, en la calidad prevista en la norma, a las condiciones del contrato; en este caso, el contrato es bilateral existiendo un vínculo de distintos deberes, pero de una misma clase de obligación.

El objeto contractual del seguro supone la generación de una utilidad mutua entre los contratantes, por lo tanto, es oneroso en tanto en cuanto debe cumplirse con el pago de una prima con el acuerdo expreso de la cobertura o reparación patrimonial causada por el siniestro.

En este contexto, ambas partes establecen una relación en la que cada una asume ciertos compromisos. La empresa aseguradora cobra una prima al contratante, lo cual beneficia a la empresa, mientras que el contratante se asegura de proteger su patrimonio a través de esta transacción.

En términos generales, el contrato de seguros se considera un contrato principal, ya que no tiene su origen en otro tipo de negocio jurídico o vínculo entre las partes. Esto significa que, el contrato de seguros no depende de la existencia de otro tipo de contrato para su validez. Esta característica se sustenta en la norma establecida en el artículo 1458 del Código Civil.⁴

No obstante, existe una excepción a esta regla en el caso de los seguros de fianzas. En estos casos, la póliza de seguros puede depender de un contrato principal, cuya existencia, en la mayoría de los casos, puede condicionar la utilidad y validez del contrato de seguros. El contrato de seguros se caracteriza por ser bilateral y oneroso, lo que significa que las partes involucradas buscan ventajas concretas y prestaciones equivalentes. Esta naturaleza conmutativa se traduce en deberes y responsabilidades específicos. Por un lado, el asegurado paga una prima para proteger su patrimonio, y, por

⁴ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 14 de junio de 2005, art. 1458.

otro lado, la compañía de seguros, al establecer técnicamente la prima, busca obtener utilidades en relación con los desembolsos de indemnizaciones.

Además, el contrato de seguros es aleatorio debido a la imprevisibilidad de la ocurrencia o no del riesgo asegurado. Esto significa que una persona puede contratar un seguro y nunca experimentar un siniestro, lo que resulta en la ausencia de un daño indemnizable. Por otro lado, también es posible que una persona experimente múltiples eventos indemnizables que generen pérdidas para la compañía. La aleatoriedad se refiere a la posibilidad de que ocurra el evento asegurado, no a la previsibilidad del contrato en sí.

Las características mencionadas procuran en el contrato de seguros la prolongación de su definición a la práctica contractual, definen la finalidad económica que se contiene en el instrumento. Además, atan su ejecución a las probabilidades que supone el riesgo y por lo tanto a la justificación del objeto que las partes integran para su contratación.

Estas particularidades de los contratos de seguros son adecuadas a todos los tipos de seguros que se reconocen de manera taxativa en la legislación ecuatoriana, salvo excepciones, los seguros de personal y seguros generales; si bien la doctrina plantea clasificaciones conceptuales, como la de seguros privados y seguros sociales o seguros terrestres, marítimos y aéreos, la norma ecuatoriana contempla dos clases de seguros que acumulan casi la totalidad de los riesgos asegurables.

La clasificación que se contempla en el art. 707 del Código de Comercio,⁵ señala que dentro de los seguros generales —clasificados así por la amplia gama de riesgos asegurables que pueden existir— se encuentran los seguros de daños y los seguros patrimoniales. El primero con riesgos cuya ocurrencia afectan la propiedad del asegurado, contratante y beneficiario; los segundos, aquellos que afectan de manera directa el patrimonio de la persona, dentro de los cuales se contempla al seguro de responsabilidad civil.

El art. 752 del Código de Comercio,⁶ en relación al seguro de responsabilidad civil, establece que el evento que da lugar a la cobertura es un accidente. Este accidente resulta de un acto u omisión negligente por parte del Asegurado en el curso normal de sus operaciones, que están detalladas en las condiciones específicas del contrato. Este acto negligente puede incluir la exposición continua o repetida a condiciones que, de manera

⁵ Ecuador, *Código de Comercio*, Registro oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019, art. 707.

⁶ *Ibíd.*, art. 752.

inesperada y no intencionada, causen lesiones corporales o daños materiales a un tercero. Sin embargo, esta cobertura solo aplica durante el período de vigencia de la póliza. Desde esta norma se pueden extraer dos premisas fundamentales. La primera de ellas se refiere a la existencia de un vínculo de carácter civil, independientemente de si existe o no una relación contractual entre las partes involucradas. La segunda premisa se relaciona con la responsabilidad que se genera en el contexto de una acción realizada frente a un tercero.

El legislador hasta la fecha no ha logrado reflejar adecuadamente la dinámica del ejercicio de los seguros de responsabilidad civil en la legislación específica y general. Esto se debe a que este tipo de contrato se encuentra en constante evolución, adaptándose al desarrollo cambiante de las relaciones jurídicas.

El seguro de responsabilidad civil se puede abordar desde dos perspectivas independientes que se entrelazan para salvaguardar el interés asegurable de una persona. Este interés no solo implica prevenir causar daño a terceros, sino también asegurar que, en caso de que dicho daño ocurra, sea debidamente reparado desde el punto de vista patrimonial. Es importante destacar que el seguro de responsabilidad civil puede aplicarse a una variedad de acciones, ocupaciones o profesiones, sin que ello modifique su esencia fundamental. El objetivo principal de este tipo de seguro es indemnizar o reparar las consecuencias económicas negativas derivadas de la materialización de un riesgo. En las pólizas de responsabilidad civil, este riesgo convertido en daño no afecta directamente al patrimonio del asegurado, sino más bien al patrimonio de un tercero.

En resumen, el interés asegurable en los seguros de responsabilidad civil radica en garantizar que el patrimonio del asegurado no se vea perjudicado debido a su responsabilidad frente a terceros y que este perjuicio económico sea debidamente compensado.

A pesar de que la doctrina ha identificado diversas características de los seguros de responsabilidad civil, como la obligación de responder, los fundamentos filosóficos o económicos, la legislación vigente no ha incorporado estos aspectos de manera detallada. En consecuencia, la característica más destacada de estos seguros en Ecuador se basa en la máxima jurídica '*alterum non laedere*' (no dañar a otro). Esto significa que el seguro de responsabilidad civil se enfoca principalmente en el daño causado a terceros como elemento central de su cobertura.

En el Capítulo Segundo del Libro Sexto del Código de Comercio,⁷ que abarca desde los arts. 752 hasta el 758, se establecen ciertas características para el seguro de responsabilidad civil. Estas características, aunque no son exhaustivas, pueden agruparse en dos categorías: características generales aplicables a todos los seguros de responsabilidad civil y características específicas que dependen del tipo de responsabilidad civil contratada. Las características generales incluyen limitación a acciones culposas como base de cobertura, establecimiento del límite máximo de indemnización en la póliza y prohibición de acuerdo o transacción por parte del asegurado.

Las características especiales, por otro lado, pueden aplicarse o no según el tipo de responsabilidad civil contratada: obligación del asegurado para garantizar el patrocinio por parte de la aseguradora y requisitos de capacidad profesional del asegurado para ejercer su profesión.

En la práctica, la característica más significativa del seguro de responsabilidad civil está relacionada con el tipo de daño que genera la obligación de reparación. En el contexto de la responsabilidad civil, este daño debe necesariamente afectar a un tercero. De lo contrario, si el daño afecta el patrimonio propio por su mera ocurrencia, estaríamos tratando con un interés asegurable propio del seguro de daños.

El artículo 722 del Código de Comercio⁸ define el siniestro como la ocurrencia del riesgo asegurado. Sin embargo, en la responsabilidad civil, es importante no confundir el siniestro con las causas que lo generaron. En otras palabras, el siniestro debe analizarse desde la perspectiva del asegurado y no del tercero perjudicado. Los contratos de seguros de responsabilidad civil no son seguros a favor de un tercero, tal como se establece en el artículo 757 del Código de Comercio.⁹

En el contexto de la responsabilidad civil, el siniestro se desencadena cuando el tercero afectado ejerce su derecho a buscar reparación, por lo general sin requerir una sentencia específica en la mayoría de los casos. En el ámbito ecuatoriano, la relación entre los seguros y el derecho a la salud no está completamente definida, a excepción de situaciones particulares. Una de estas excepciones se presenta cuando un profesional de la salud, en el ejercicio de su profesión, causa daño o incluso la muerte a un paciente. En

⁷ *Ibíd.*, arts. 752-758.

⁸ *Ibíd.*, 722.

⁹ *Ibíd.*, 757.

esta situación, el seguro de responsabilidad civil profesional desempeña un papel esencial al ofrecer coberturas específicas para estos casos.

Como mencionamos anteriormente, el artículo 752 del Código de Comercio¹⁰ establece las coberturas del seguro de responsabilidad civil, que incluyen la indemnización pecuniaria a un tercero en casos de responsabilidad civil. No obstante, surgen interrogantes al considerar las disposiciones de los artículos 146 y 152 del Código Orgánico Integral Penal,¹¹ que abordan casos de homicidio culposo por mala práctica profesional y lesiones causadas por la violación del deber objetivo de cuidado.

El seguro de responsabilidad civil profesional tiene como finalidad cubrir las indemnizaciones derivadas de una sentencia que establezca la responsabilidad civil del profesional. Sin embargo, es importante aclarar los límites de esta cobertura en relación con la responsabilidad penal.

Nuestra interpretación, basada en el artículo 753 del Código de Comercio¹², sugiere que, además de los gastos legales que también pueden ser cubiertos en el proceso civil, el seguro de responsabilidad civil se extiende a la responsabilidad penal. Esto se aplica particularmente a casos contemplados en los artículos 146 y 152 del Código Orgánico Integral Penal.¹³ En estas circunstancias, la cobertura por responsabilidad se amplía, lo que implica el pago de la indemnización acordada y los honorarios generados, siempre y cuando la causa del daño no se derive de un acto intencionado por parte del asegurado.

2. Los principios del contrato de seguros, una clase de normas con propiedades estructurales

Según De Fazio,¹⁴ la definición de principios, independientemente de la rama del derecho o el contexto en el que se apliquen, ha sido uno de los desafíos más significativos a lo largo de la historia. La naturaleza de los principios ha dado lugar a tres teorías distintas, aunque es importante reconocer que definirlos de manera precisa puede ser un desafío.

¹⁰ *Ibíd.*, 752.

¹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, reformado el 16 de marzo de 2022, arts. 146 y 152.

¹² *Ibíd.*, 753.

¹³ *Ibíd.*, 11.

¹⁴ Federico De Fazio, *Teoría Principialista de los derechos sociales* (Madrid: Marcial Pons, 2019),

La primera teoría sostiene que los principios son un tipo de norma que se fundamenta en su justificación moral. La segunda teoría argumenta que los principios son un tipo de norma que posee propiedades estructurales específicas. La tercera teoría postula que los principios, en el contexto de la interpretación constitucional, son normas que establecen derechos fundamentales.

Para este trabajo, examinaremos de manera concisa los principios relacionados con los seguros desde la perspectiva de la segunda teoría. Esta elección se debe a las características inherentes al contrato de seguros y a la ausencia de referencias constitucionales directas a los seguros, lo que hace que las aproximaciones de la primera y tercera teorías resulten menos aplicables en este contexto. Si las características de los contratos de seguros son una solución jurídica, los principios son el atributo supremo de los mismos, y el camino para evitar que la interrelación entre derechos y obligaciones de los sujetos contractuales se vicien hasta un grado tal que su validez pueda afectarse.

Los principios esenciales que rigen el contrato de seguros, según el autor chileno Oswaldo Contreras Strauch¹⁵ en su obra “Derecho de Seguros,” son los siguientes: la máxima de buena fe, el interés asegurable, la indemnización, la subrogación, la contribución y la causa inmediata. A continuación, analizaremos estos principios desde la perspectiva de Contreras Strauch.

Máxima de buena fe: En el contexto contractual, el principio de buena fe es aplicable a todos los contratos y establece la obligación de ejecutarlos de acuerdo con sus propias condiciones, así como de conformidad con las normas legales y éticas que les sean aplicables por su naturaleza. Sin embargo, en el ámbito de los seguros, este principio adquiere una relevancia particular debido a su raíz en el derecho romano, conocido como “uberrimae bonae fidei”, que establece un estándar ético para el ejercicio de los derechos subjetivos y los procedimientos administrativos y procesales. Este principio se encuentra consagrado en el tercer artículo del Código de Comercio.¹⁶

Indemnización: El principio de indemnización es un pilar fundamental de la naturaleza conmutativa del contrato de seguros y se refiere a la restitución del patrimonio afectado. Su base principal radica en la intención del asegurado, contratante o beneficiario de prevenir que su patrimonio sufra daños irreparables. Más específicamente, el asegurado busca que su patrimonio pueda ser reparado en caso de un siniestro. El Código

¹⁵ Oswaldo Contreras Strauch, *Derecho de Seguros* (Santiago: Legal Publishing Chile, 2014).

¹⁶ Ecuador 2019.

de Comercio,¹⁷ en su artículo 737, estipula que la compensación puede realizarse mediante la entrega de dinero, bienes o la reconstrucción de lo afectado. El principio de indemnización establece el límite de pago en caso de un siniestro.

Subrogación: En el contexto de un contrato de seguros, cuando la compañía aseguradora ha cumplido con los términos estipulados en la póliza al pagar la indemnización por un siniestro, se genera un derecho para la compañía a buscar la restitución de lo pagado ante la parte responsable del siniestro. Para llevar a cabo esta acción subrogatoria, el asegurado debe cumplir con todos los requisitos requeridos por la compañía, siendo el principal requisito la indemnización del siniestro de acuerdo con las leyes y términos del contrato. Esta obligación del asegurado y el derecho de la compañía se establecen de manera obligatoria en el artículo 740 del Código de Comercio¹⁸.

Contribución: Este principio se relaciona con la optimización del coaseguro, donde un mismo interés asegurable, objeto y riesgo pueden estar cubiertos por dos o más aseguradoras. En tal caso, si se produce un siniestro, ambas aseguradoras deben compartir la responsabilidad y pagar proporcionalmente según los porcentajes de riesgo asumidos, sin que esto resulte en un aumento en el patrimonio del asegurado.

Causa inmediata: La indemnización por un siniestro puede depender del análisis de la causa que generó el daño. Para que surja la obligación de reparar, debe existir un hecho amparado por la póliza que haya causado directamente el resultado. Por ejemplo, en el caso de una póliza de vida, la compañía no debe analizar las diversas razones del fallecimiento del asegurado; la obligación de indemnizar surge simplemente con la muerte del asegurado. Este principio establece que la causa eficiente debe estar amparada en los términos de la póliza.

Interés asegurable: El artículo 694 del Código de Comercio¹⁹ define el interés asegurable en términos económicos como la conexión evidente entre el sujeto y el objeto, y desde una perspectiva legal, este vínculo constituye un puente legítimo y legal que conecta al sujeto con su patrimonio.

La legitimidad y legalidad, en conformidad con los principios de una sociedad basada en derechos y justicia, no se limita únicamente al aspecto económico, sino que también implica la protección de los derechos fundamentales que pueden valorarse en términos monetarios, siendo un ejemplo claro de ello la salud.

¹⁷ *Ibíd.*, art. 737.

¹⁸ *Ibíd.*, art. 740.

¹⁹ *Ibíd.*, art. 695.

El interés asegurable, que varía dependiendo del tipo de seguro, tiene orígenes diversos. En el caso de los seguros de daños, está relacionado con el derecho a la propiedad; para los seguros de personas, se vincula con la integridad física y la salud; y en el contexto de las pólizas de responsabilidad civil, se relaciona con la potencial atribución de responsabilidad.

Capítulo segundo

La causa como un principio determinante en el contrato de seguros de responsabilidad civil médica

1. El acto médico

La medicina como un ejercicio profesional es una actividad cuyo origen se remonta a las más primitivas relaciones sociales, en donde a partir de las virtudes de la naturaleza se buscaba, guiados en la 'sabiduría' de los más grandes el alivio o socorro para los dolores.

Con el paso de los años, esa relación que era primitiva se transformó en la ciencia de pocos, quienes podían entender el funcionamiento de factores externos y aplicar dicho entendimiento en su relación con el ser humano y sus actividades, convirtiendo por lo tanto a aquellos ilustrados en figuras casi divinas en las cuales se encontraban alivios, formándose entonces una relación entre el que sanaba y el sanado.

Esa relación a partir de la incorporación de la academia y de la consagración de la salud como una ciencia, permitió el nacimiento de la famosa relación médico – paciente, la cual ha atravesado hasta hoy por diversas etapas y que incluso es estudiada actualmente desde diversas varias otras ciencias, una de estas, el derecho.

Entonces, luego de ese viaje histórico imaginario, el acto médico debe entenderse a día de hoy como todo aquello que ocurre en el marco de la relación entre un profesional de la salud y un paciente, actividades dentro de las cuales las partes razonan a partir de sus derechos y de sus obligaciones con la finalidad de tomar las decisiones que se consideren más correctas en la lógica por una parte de recuperar un estado de salud, o, por otra parte, de satisfacer una necesidad propia con la espera de un producto esperado.

En esta relación médico – paciente, pese a que surge en una ciencia determinada, a partir de sus implicaciones, hoy es una arista también de otra rama profesional como el derecho, tanto así, que se ha reconocido la existencia del derecho médico, rama del derecho que tiene por objetivo regular los derechos y obligaciones que nacen de la relación y que se ejecutan a tal punto de que las consecuencias de su ejecución tienen un reconocimiento constitucional.

De manera breve, por lo tanto, en el acto médico deben reconocerse ciertos elementos que permitirán luego la construcción de una responsabilidad: i. La existencia de la relación profesional, en la secuencia correcta e indistintamente de la rama, la relación inicia a partir en dos bases, la primera, la posición de garante que el médico asume respecto de la vida y salud del paciente cuando, mediando una necesidad terapéutica, es el paciente quien busca la atención del profesional y éste en ejercicio de su voluntad acepta dicha atención a efectos de una atención preventiva, diagnóstica o de rehabilitación, en este caso médico y paciente. La segunda, cuando por un interés personal el paciente busca obtener un resultado específico, en este caso prestador de servicios y cliente.

ii. Los derechos del paciente o contratante, los cuales constitucionalmente como se describirán más adelante se resumen en consentimiento informado, información y confidencialidad y que se amplían bajo el parámetro de la aplicación de los principios bioéticos que también tienen un reconocimiento constitucional.

iii. La responsabilidad médica, si del acto médico, es decir, si de la relación médico paciente hay satisfacción, no existe mérito para el análisis de la responsabilidad; por el contrario, si es que existe falla en el acto o en el deber galénico, nace entonces una potencial responsabilidad que deberá ser comprendida a la luz de la vía que quien sufre el daño seleccione para su aplicación, elemento que debe analizarse entonces, con el reconocimiento constitucional positivo, desde la comprensión del derecho a la salud.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia a partir de la vigencia de la Constitución aprobada en Montecristi en el año 2008.²⁰ Esta nueva concepción constitucional coloca, por intermedio de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, al ser humano como el eje de la actividad estatal, en un ejercicio que busca aproximar a los ciudadanos y al Estado validando, no la construcción legal, como en la Constitución de 1998, sino más bien la eficacia en el ejercicio de derechos y garantías.

De esta manera, la Constitución de 2008 contiene principios, valores y normas los cuales, creados por la norma suprema y tutelados por el Estado, conducen a la sociedad a la consecución del tan anhelado buen vivir.²¹

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

²¹ *Ibíd.*

Antes de continuar, es necesario que en este punto hagamos una breve conceptualización de esta categoría de principios, valores y reglas constante en la Constitución apoyados en los conceptos del maestro Robert Alexy.²²

Los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización que disponen el cumplimiento de determinada situación en la mayor medida posible de acuerdo a las condiciones coyunturales de hecho y derecho, es decir, los mandatos tienen una estructura abierta en las que no están dados, los supuestos de hecho a los que se deberá atribuir una consecuencia jurídica.

Las reglas por otra parte son mandatos definitivos que contienen situaciones concretas de hecho y derecho posible las cuales deben o no cumplirse. En medio de estas dos definiciones, encontramos a los valores constitucionales, los cuales se constituyen como la clasificación axiológica de la que se desprende el propósito de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

Para graficar esto, nos permitimos señalar el siguiente ejemplo: la Constitución consolida como un valor a la igualdad, el numeral 2 del art. 11 de la Constitución,²³ contiene el principio de igualdad: “2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades”. Este principio de igualdad está incorporado en la regla que consta en el segundo inciso del art. 32 de la Constitución:

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva mediante la cual el Estado tiene como obligación garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a los servicios de atención integral de salud.²⁴

De los conceptos aportados se desprende que para que un derecho pueda ser comprendido como fundamental, el mismo debe estar revestido de una secuencia lógica en la que: i. Provenga de un principio constitucional, ii. Tenga una eficacia directa fáctica y jurídicamente, y, iii. Que contemple un contenido esencial que será garantizado por el Estado. En esta lógica, el derecho a la salud, más allá del texto del art. 32 de la Constitución,²⁵ cumple con la adecuación jurídica expuesta, consolidándose como un derecho constitucional mediante el cual, además, se realizan otros derechos.

²² Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 5 (1988): 139-51, <https://doi.org/10.14198/doxa1988.5.07>.

²³ Ecuador 2008, art. 11.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

Ahora bien, una vez que se ha comprendido a la salud como un derecho constitucional, es importante establecer las dimensiones prácticas que tiene este derecho fundamental.

La Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, por lo que el objetivo esencial de tal derecho, debería ser la garantía que el Estado concede a la sociedad de poder disfrutar del máximo nivel de salud. Ahí encontramos la obligación que tiene el Estado para brindar prevención, promoción y protección con el objetivo de alcanzar ese estado de bienestar.

Por otra parte, el deber del Estado en relación con este derecho está conectado con la prestación de los servicios de salud, es decir, con la práctica asistencial sanitaria. Cuando ese estado de bienestar se afecte en razón de la necesidad terapéutica o el interés personal, ese servicio desde la dimensión individual o colectiva, debe prestarse no solo garantizando el ejercicio de derechos, sino además cumpliendo con la aplicación del avance y el desarrollo de la ciencia y la norma técnica, conceptos a los que se harán referencia con mayor profundidad más adelante.

Lo dicho permite entender que la salud como un derecho fundamental, tiene una dimensión vinculada, por un lado, con la tutela de los derechos que su ejercicio supone - no puede existir derecho a la educación o al trabajo sin que exista salud- y, por otro lado, con los derechos prestacionales que se engloban en la prestación de servicios de salud.

De manera contraria a lo que sucede en otras legislaciones, como la colombiana, por ejemplo, en donde la salud no es un derecho fundamental y esta óptica prestacional está limitada a la aplicación de leyes con menor jerarquía constitucional, y al cumplimiento de mandatos jurisprudenciales, en el Ecuador, ese derecho prestacional surge de la regla constitucional del segundo inciso del art. 32 de la Constitución²⁶ y de los deberes que asume el Estado y que se describen en el art. 358:

El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional²⁷.

Y en el art. 360:

²⁶ *Ibíd.*, art. 32.

²⁷ *Ibíd.*, art. 358.

El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad;²⁸

Y también en el art. 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 necesarios²⁹.

Todos estos respecto del sistema nacional de salud y la atención de salud como un servicio público. El art. 358 de la Constitución³⁰ establece dos circunstancias importantes para el análisis planteado. La primera, los objetivos del sistema nacional de salud. La segunda, describe los principios por los cuales se guiará el mismo, destacando el reconocimiento que se realiza a los principios de bioética.

Este artículo se complementa, para la configuración orgánica del sistema nacional de salud, con el contenido del art. 359³¹ de la Constitución, en el que se establece la conformación del sistema nacional de salud y reconoce todas las dimensiones del derecho a la salud.

El art. 360 de la Constitución³² enuncia como un deber para el Estado que las instituciones del sistema nacional de salud deben garantizar la promoción de salud y la atención integral.

Ese ejercicio de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales para el Estado, sumado a los deberes que tiene el mismo en el art. 362 de la Constitución³³ configura a la salud como un servicio público y consagra los tres derechos fundamentales en relación con la prestación de servicios de salud: el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información.

²⁸ *Ibíd.*, art. 360.

²⁹ *Ibíd.*, art. 362.

³⁰ *Ibíd.*, art. 358.

³¹ *Ibíd.*, art. 359.

³² *Ibíd.*, art. 360.

³³ *Ibíd.*, art. 362.

Hasta este punto, se ha expuesto de manera breve el eje a través del cual la salud como un derecho fundamental, se aterriza en la práctica como el deber máximo del Estado de garantizar el acceso a la misma, no obstante, se genera la siguiente consulta, si la salud es un derecho fundamental y, por lo tanto, la atención de salud es un derecho inherente a los ciudadanos, ¿qué normas regulan la prestación de los servicios consagrados como derecho en relación a la salud?

La respuesta sencilla a esta interrogante indicaría que los derechos creados por la Constitución,³⁴ están instrumentados para su ejecución en las leyes inferiores, razón por la cual, para la regulación de la atención de salud, debemos remitirnos a disposiciones jerárquicamente inferiores; si bien esta respuesta es cierta, es importante comprender el porqué de esta.

El art. 425 de la Constitución³⁵ establece el orden jerárquico de aplicación de las normas, sin perjuicio del contenido absoluto de dicho art., para nuestro análisis, se plantean 4 categorías: en primer lugar, la Constitución³⁶ y tratados internacionales, lo cual se explica en la coexistencia de sistemas jurídicos nacionales e internacionales con aplicación en Ecuador, dejando en una orilla a la normativa y justicia nacional, y, en la otra, a la normativa y justicia internacional.

En un segundo plano, el artículo citado coloca a las leyes orgánicas, en materia de salud; puntualmente, dos nos resultan importantes: Ley Orgánica de Salud,³⁷ conocida como Ley 67, y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud,³⁸ Ley 80.

En un tercer plano, las leyes ordinarias, siendo importante para nuestro análisis la Ley 77 Derechos y Amparo al Paciente.³⁹

Finalmente, un cuarto en el que están incluidos los acuerdos y resoluciones, en nuestro caso, emitidos por el Ministerio de Salud Pública, en el que, respecto de los derechos constitucionales creados alrededor de la salud, es necesario mencionar al Acuerdo Ministerial 14660,⁴⁰ Código de Ética Médica; el Acuerdo Ministerial 5316,⁴¹ Modelo de Aplicación del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial; y al

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*, art. 425.

³⁶ *Ibíd.*, 34.

³⁷ Ecuador 2006, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre.

³⁸ Ecuador 2002, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*, Registro Oficial 670, 25 de septiembre.

³⁹ Ecuador 1995, *Ley de Derechos y Amparo al Paciente*, Registro Oficial 626, Suplemento, 3 de febrero 1995.

⁴⁰ Ecuador 1992, *Código de Ética Médica*, Registro Oficial 5, 17 de agosto.

⁴¹ Ecuador 2016, *Modelo Aplicación del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial*, Registro Oficial 510, Edición Especial, 22 de febrero.

Acuerdo Ministerial 5216,⁴² Reglamento de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud.

La Ley Orgánica de Salud regula todas las acciones que permitan efectivizar el derecho a la salud.⁴³ Por otra parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud establece los principios y normas para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.⁴⁴

Estos dos cuerpos normativos, en concreto, parecen ser el ejemplo más claro de cómo los derechos creados por la Constitución⁴⁵ tienen en la norma inferior, para su desarrollo, el mecanismo que les permite ejercitarse en cumplimiento de una facultad constitucional aplicada al hecho concreto, la prestación de los servicios de salud.

En una escala inferior nos encontramos a la Ley 77,⁴⁶ que en un primer momento enumera las instituciones que brindan servicios de salud y que además enuncia cinco derechos del paciente: atención digna, derecho a no ser discriminado, derecho a la confidencialidad, derecho a la información y derecho a decidir.

Estos tres cuerpos normativos, sin embargo, tienen una característica en común, todas tienen un período de promulgación anterior a la Constitución del 2008, por lo que su esencia nace de un estado legal y no ciertamente de un estado de derechos y justicia.

Más allá de esto, en estas normas se contienen deberes establecidos para el Estado, principios rectores de la actuación en la prestación del servicio de salud y derechos que, a la luz de este estado constitucional convencionalizado, se configuran dentro del bloque de constitucionalidad. Esto genera que estas disposiciones, aunque se encuentren fuera del texto constitucional tengan igual fuerza normativa por lo que el Estado se encuentra obligado en ellos a respetarlos y a garantizar su cumplimiento.

En un cuarto eslabón, es importante referir a las resoluciones emitidas por la Autoridad Sanitaria Nacional, el Ministerio de Salud Pública, el mismo que, en ejercicio de su potestad normativa, ha emitido y emite en la actualidad, distintos y diversos acuerdos ministeriales que buscan marcar el camino para la atención de salud.

Por un lado, el Código de Ética Médica⁴⁷ contiene los deberes que tienen los profesionales de la salud para con la sociedad en general, para con los pacientes, entre sí

⁴² Ecuador 2015, *Reglamento de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud*, Registro Oficial 427, 29 de enero.

⁴³ Ecuador 2006.

⁴⁴ Ecuador 2002.

⁴⁵ Ecuador 2008.

⁴⁶ Ecuador 1995.

⁴⁷ Ecuador 1992.

mismos y su forma de actuar, todo esto en una disposición que lejos de considerar principios rectores, asienta tipos de conductas que deben o pueden ser aplicadas por los profesionales médicos.

Más recientemente o, al menos, de forma posterior a la Constitución del 2008, en este mismo cuarto escalón, se encuentran vigentes dos acuerdos ministeriales que, siguiendo la lógica constitucional, en este caso y de manera directa, se configuran como reglas de cumplimiento obligatorio para la prestación de servicios de salud, en un ejemplo visible nuevamente de disposiciones que pertenecen al bloque constitucional del derecho a la salud debido al derecho que regulan.

Por una parte, el Acuerdo Ministerial 5316,⁴⁸ que regula el ejercicio del derecho a la información y consentimiento informado, como un mandato genérico que busca además poner en ejercicio la autonomía de voluntad del paciente en la toma de decisiones sobre su atención o no. Por otra parte, el Acuerdo Ministerial 5216,⁴⁹ sobre la confidencialidad de la información y su descripción como una obligación que recae sobre el profesional de la salud en cuanto a divulgar la información del paciente, además de normar el proceso de registro y manejo de la información médica y/o clínica del paciente.

En la descripción realizada en los apartados previos se ha sintetizado de manera amplia pero útil, la estructura de la salud como un derecho fundamental en el Ecuador, partiendo del reconocimiento que tiene la misma, sus dimensiones y alcances. Así mismo, la forma en la que los principios y valores concatenados a ésta por intermedio de reglas con jerarquía constitucional y otras con vinculación constitucional hacen efectivo los deberes del Estado para la prestación y atención integral de salud, garantizando los derechos que constitucionalmente se vinculan con tal ejercicio como la información, consentimiento informado y confidencialidad; con esto, nos corresponde regresar al enunciado del art. 32 de la Constitución.⁵⁰

El art. 32 de la Constitución⁵¹ consagra a la salud como un derecho fundamental y en ella la realización de otros derechos y enuncia los mismos no de forma taxativa sino más bien ejemplificativa. Por lo mismo, el derecho constitucional del art. 32⁵² no solo supone el desarrollo de derechos como la educación, la alimentación o el trabajo social descritos en el mismo texto constitucional, sino que, la intención del legislador

⁴⁸ Ecuador 2016.

⁴⁹ Ecuador 2015.

⁵⁰ Ecuador 2008, art. 32.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

constituyente, tenía un alcance mayor relacionado a todos aquellos derechos que, cumpliendo con los estándares mencionados de provenir de un principio constitucional, eficacia directa fáctica y jurídica y contenido esencial se encuentren reconocidos en la carta suprema.

Así, el num. 9 del art. 11 de la Constitución reza:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados 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 u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.⁵³

Se establece que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución,⁵⁴ el mismo numeral más adelante establece una regla de reparación ante la violación de los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos; el principio mencionado, tiene una vinculación directa con el art. 54 de la Constitución:

Las personas o entidades que presten 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 incorpore. 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.⁵⁵

A su vez, este artículo establece que las personas que presten servicios públicos de forma deficiente serán responsables civil y penalmente, pero además genera una responsabilidad especial por la mala práctica profesional sobre todo cuando esta afecte la integridad o vida de las personas.

Al respecto de este artículo, en un primer momento, es necesario regresar sobre el art. 362 de la Constitución: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas”;⁵⁶ en este artículo se define, indistintamente del sujeto, a la prestación de salud como un servicio público, hecho que vincula, el ejercicio de la esfera prestacional del derecho a la salud con la realización de los derechos

⁵³ *Ibíd.*, art. 11.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 54.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 362.

de un grupo de atención prioritaria -sección novena del capítulo tercero, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria- cuya prestación deficiente, abre el camino para el ejercicio de una responsabilidad civil o penal.

En un segundo plano, aunque quizás con una trascendencia mayor en la práctica, el art. 54 de la Constitución⁵⁷ conecta a ese hecho dañoso -deficiente prestación- con el ejercicio de una profesión y con la tutela de bienes jurídicos de mayor jerarquía, la integridad personal y la vida.

A partir de este punto entonces, el análisis ya no versa sobre los ámbitos o esferas de la salud como un derecho, sino de los efectos que supone la vulneración de ese derecho, tanto en lo referente a la afectación a ese estado de bienestar, cuanto a la vulneración que nace de la imposibilidad de recibir una atención integral de salud.

1.1. La responsabilidad civil, responsabilidad penal y responsabilidad médica

La Constitución del Ecuador,⁵⁸ en su art. 54 establece ante el daño causado por una inadecuada prestación de servicios, el camino para la reparación de dicho hecho y sus consecuencias. El establecimiento de responsabilidades de tipo civil y/o penal, conectando por ende, al derecho civil y al derecho penal al derecho constitucional de la salud; de manera complementaria y a criterio nuestro, excesiva, la misma Constitución⁵⁹ en el artículo en mención, incrementa el ámbito de aplicación y su relevancia, al anotar otro tipo de responsabilidad, la responsabilidad producida por la mala práctica profesional dejando abierta la puerta para que este tercer tipo se adecúe a cuanta rama profesional exista.

Todos quienes ostenten una profesión y brinden un servicio en ejercicio de ésta, podrán en determinado momento ser requeridos por responsabilidad profesional, de esta manera, los abogados podrán tener responsabilidad por la incorrecta sustanciación de un proceso judicial para los que hayan sido autorizados como defensa técnica, los diseñadores serán responsables por los daños que ocasione la inadecuada ejecución de su plan constructivo e incluso los economistas, serán responsables por las consecuencias que sus clientes puedan sufrir por la incorrecta aplicación de estándares financieros o económicos para el desarrollo de sus negocios, no obstante en una breve conexión

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 54.

⁵⁸ *Ibíd.*, art. 56.

⁵⁹ *Ibíd.*

práctica, no tenemos a profesionales en estas ramas sufriendo consecuencias jurídicas por su actuación, ni contratando pólizas de responsabilidad civil profesional para su ejercicio profesional.

A pesar de esto, la intención del constituyente, en un ejercicio propio de esa sociedad de riesgo, estaba dirigido a establecer una responsabilidad por mala práctica, sobre todo en aquellos casos en los que se ponga en riesgo derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

En los ejemplos anteriores, salvo en casos excepcionales, ninguno de estos profesionales podrá poner en riesgo la vida de sus clientes como lo harían los profesionales de la salud en la prestación de servicios y en el desarrollo de los actos médicos. Sin perjuicio del análisis que posteriormente realizaremos sobre el acto médico, el mismo es definido por De la Torre Prado, como “toda acción que efectúa el médico en el ejercicio de la profesión sea en su condición de directivo, autoridad, funcionario, docente, asistencia, terapeuta, investigador, consultor u otra”.⁶⁰

1.2. Responsabilidad civil, derecho civil y la prestación de servicios de salud

Con la intención de no generar un debate sobre su concepto, por no ser el objeto central de este estudio, se utilizará como definición del derecho civil la propuesta por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española; así, el *derecho civil* es:

La rama del derecho que se ocupa de las cuestiones que afectan a la persona privada, desde su nacimiento y relaciones familiares hasta el fallecimiento y sucesión; igualmente el régimen de su patrimonio, de las obligaciones y contratos, y la responsabilidad civil”, esta definición es absolutamente aplicable a nuestro derecho civil pero además incluye un elemento importante a la misma, la responsabilidad civil.⁶¹

El libro IV del Código Civil⁶² regula las obligaciones y los contratos entre personas. Entre diversas disposiciones, para la prestación de servicios de salud y por ende para la ejecución del acto médico, es necesario que exista un acuerdo entre dos partes, el profesional médico y el paciente, este acuerdo es comprendido como un contrato de prestación de servicios profesionales, el mismo que es consensual, es decir, se perfecciona

⁶⁰ José Javier de la Torre Prado, *Derecho y práctica médica en el Ecuador* (Quito: De la Torre, 2012), 23.

⁶¹ RAE, “derecho civil”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

⁶² Ecuador 2005.

por el acuerdo entre las partes y del cual surgen tres tipos de obligaciones, las de hacer, las de no hacer y las de dar.

Aquí, una primera conclusión, si bien la prestación del servicio de salud se brinda en el ejercicio de una potestad pública –la atención en salud- esa prestación se despliega en el ejercicio de una actividad profesional, mediante la cual, el médico compromete su actuar con el paciente; como la prestación de ese servicio se realiza con la intención de tutelar bienes jurídicos como la salud y la vida, el médico puede actuar incluso, cuando no exista ese acuerdo, por ejemplo, en el caso de la atención de emergencia a una persona inconsciente, en este caso, si bien no existe una expresión de la voluntad de doble vía, es decir, médico-paciente y paciente-médico, de todas maneras, el médico tiene respecto del paciente que cumplir con las obligaciones propias de su profesión.

Nos encontramos entonces, respecto de las relaciones que surgen de la prestación de servicios de salud desde la óptica del derecho civil, con dos tipos de relaciones, la primera, la relación directa, expresa o no entre el médico y el paciente de la cual se deriva la obligación del médico de atender la necesidad del paciente; si bien esta relación es no solo legal sino también legítima, debemos recordar que la prestación de salud, puede brindarse a través de instituciones –personas jurídicas– públicas o privadas y de esta posibilidad, nace un segundo tipo de relación en la atención integral en salud, las relaciones complejas, en estas interviene una tercera persona, la casa de salud, de esta forma, la relación de prestación de servicios se da entre el hospital o clínica y el médico, y, de estos para con el paciente, obligaciones que en todo caso, seguirán siendo de hacer o no hacer.

Desde otra perspectiva, esa obligación de hacer o no, deviene de la propia condición profesional del médico, por lo que, en el acto médico no existe una obligación asumida por la voluntad de las partes, sino por el mandato que tiene el profesional de la salud de atender la necesidad del doliente, por la obligación propia derivada de un principio bioético como la no maleficencia o de la disposición del art. 1562 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.⁶³ Esta distinción entre, la obligación contractual y la obligación extracontractual, es importante en medida

⁶³ Ecuador 2005, art. 1562.

de que la determinación de responsabilidad civil se configura de una manera distinta en cada caso.

Antes de analizar estos escenarios, corresponde definir a la responsabilidad civil, en un compendio de diversas corrientes, se puede resumir como un concepto de responsabilidad civil a la obligación que tiene una persona de reparar el daño causado a otra, en la teoría de daños, esta se establece con la intención de indemnizar los perjuicios provocados.

Por lo tanto, la responsabilidad civil, puede ser además de dos tipos, contractual y extracontractual, la primera, producida por el incumplimiento de una obligación contenida en un acuerdo o la deficiente prestación de la misma, en este caso, la reparación no busca el equilibrio de las cosas al estado anterior a la ocurrencia del hecho dañoso, sino una compensación por el daño provocado; en el segundo tipo, no existe un acuerdo o convención de voluntades de la que se desprenda el incumplimiento, sino una obligación que nace –bajo la salud como un derecho prestacional– de la condición del profesional de cuyo incumplimiento surge la obligación indemnizatoria.

Con esta breve exposición, para que exista responsabilidad civil en la prestación de servicios de salud, indistintamente del origen de la relación en la que se ejecuta el acto médico, es necesario que concurren cuatro elementos:

El primero, la existencia y acreditación de un daño, si bien todo acto médico supone un riesgo *per se*, el daño que se produzca, debe derivarse de manera directa de la inadecuada prestación del servicio de salud y debe además el mismo estar debidamente acreditado o al menos satisfacer tres rasgos, debe ser directo del incumplimiento de la obligación, debe ser actual, y esto quiere decir no solo contemporáneo al momento del reclamo, sino que, en caso de ser futuro, que el mismo efectivamente ocurra, y, debe ser real, en otras palabras, que el mismo, efectivamente haya ocurrido facultando su reparación.

El segundo, el daño producido debe ser antijurídico, este carácter se entiende cuando, el daño que sufre, en el objeto de análisis, el paciente, es un daño que no estaba obligado a soportar, como un ejemplo, el pago que todos los ciudadanos realizamos a favor del Servicio de Rentas Internas, supone una afectación de nuestro patrimonio puesto que determinado monto de dinero que nos pertenece es excluido de nuestro haber, para ser entregado al fisco luego de la declaración correspondiente. Sin embargo, en este caso y pese a existir un daño, el mismo está dispuesto y permitido por la norma, y es que la

legislación tributaria del caso ordena tal pago, por lo que en este caso, estamos en la obligación de soportar el daño, siendo este un daño jurídico.

El tercero, debe existir la atribución de culpa al médico, culpa que se atribuye por no obrar con la diligencia del caso, o de otra forma, por actuar en grado de la culpa que consta del art. 29 del Código Civil; sobre el particular es menester recordar que:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. 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. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.⁶⁴

Este último simplemente no existe en el acto médico.

Finalmente, debe existir una relación de causalidad entre la actuación culposa y el daño, en este caso, la misma debe ser directa –relación sólida entre los elementos– y, necesaria –sin la actuación no hubiese daño–.

Entonces, si los elementos descritos se han configurado en la incorrecta prestación del servicio de salud y sobre estos se ha generado el incumplimiento de la obligación derivada del acto médico, se configuraría la responsabilidad civil señalada previamente, dispuesta por el art. 54 de la Constitución,⁶⁵ que da paso, luego de haberse garantizado el debido proceso, al reconocimiento de perjuicios conforme el Código Civil en el art. 1572: “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 [...]”;⁶⁶ y, en el art. 2232:

En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta [...] La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.⁶⁷

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 29.

⁶⁵ Ecuador 2008, art. 54.

⁶⁶ Ecuador 2005, art. 1572.

⁶⁷ *Ibíd.*, art. 2232.

1.3. Responsabilidad penal, derecho penal y la prestación de servicios de salud

De la misma forma que para la definición de derecho civil, por no ser esta rama del derecho el objeto central de este análisis, utilizaremos como concepto del “derecho penal”, el definido por la Real Academia de la Lengua:⁶⁸ “Rama del derecho que estudia las normas penales, las conductas que las infringen y la imposición de penas o sanciones aplicables a los autores de delitos y faltas”. En este concepto, sin embargo, es necesario añadir lo siguiente, y es que el derecho penal bajo la lupa de la prestación de servicios de salud debe comprenderse como el conjunto de normas que tiende a proteger los bienes jurídicos fundamentales salud y vida.

Con esto, el derecho penal por sí mismo es una fuente de protección del derecho a la salud para lo cual ocupa dos vías, una de estas la prohibición dispuesta para que los sujetos se abstengan de ejecutar conductas que atenten contra derechos, la otra, aplicada cuando el sujeto ha incurrido por omisión o comisión en el despliegue de esa conducta en cuyo caso se aplica la sanción establecida para cada tipo penal.

Cuando el sujeto haya infringido la norma penal, se habrá cometido una infracción jurídica, esta infracción será definida como un delito, y el delito será entendido como la conducta típica, antijurídica y culpable.

Será entonces la conducta una acción u omisión del sujeto; la tipicidad hace referencia a que la infracción cometida, debe estar descrita en la norma pero además, a que dicha conducta debe ajustarse al tipo penal; la antijuridicidad, como ya se mencionó, es la obligación que tiene o no el sujeto que recibe el daño de soportarlo, elemento que tiene en el principio de necesidad su principal excepción; y, la culpabilidad, que no es otra cosa sino, la calidad que tiene el sujeto para ser imputable, por la conducta culposa –siempre en actos de salud, existirá conducta culposa-.

La corriente penal ecuatoriana actual con la cual se desarrolla el elemento de la culpabilidad es la teoría propuesta por el maestro Roxin, la imputación objetiva:

La imputación objetiva, hace parte de la sociedad de riesgo, lo que implica que la medicina sea vista como una actividad peligrosa, es decir, la contingencia de generar lesiones o muertes en la prestación del servicio de salud, resultados que no siempre

⁶⁸ RAE, “derecho, derecha” *Diccionario de la lengua española: Edición del Tricentenario*, accedido el 4 de agosto de 2023.

pueden ser atribuibles jurídicamente a los galenos, pues ya no es suficiente la constatación de la causalidad, sino que además se requiere analizar *ex ante*, si el galeno incrementó el riesgo socialmente permitido y si este fue el que finalmente se concretó en el resultado muerte o lesión del paciente.⁶⁹

Esta una teoría fundamental para conectar a la norma constitucional del art. 54,⁷⁰ la mala práctica profesional y la responsabilidad penal.

Ahora, al tenor del Código Orgánico Integral Penal⁷¹ existen principalmente dos delitos que tienen relación directa con la responsabilidad penal del art. 54 de la Constitución,⁷² el primero el tipificado en el art. 146 del COIP:

Homicidio culposo por mala práctica profesional. -La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.⁷³

Sobre este tipo penal, cabe mencionar que, se vincula de manera directa con el segundo inciso del art. 54 de la Constitución citado anteriormente, en virtud de que en ambos casos se considera a la mala práctica profesional como el eje de la responsabilidad en el un caso y del delito en el otro.

Del citado art. 146⁷⁴ se desprende un concepto nuevo, el deber objetivo de cuidado, éste debe ser comprendido como el deber de diligencia que tiene una persona en razón de su conducta; la legislación del Ecuador, no ha desarrollado plenamente este concepto, por el contrario, lo ha tipificado de manera negativa en los numerales 2 y 4 del art. 146,⁷⁵ de estos se puede deducir entonces, que el deber objetivo de cuidado supone la inobservancia de normas y de la *lex artis* para el ejercicio del acto médico, hecho para el que deberá analizarse la diligencia, el grado de formación y las condiciones objetivas para

⁶⁹ Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 25.

⁷⁰ Ecuador 2008, art. 54.

⁷¹ Ecuador 2014, art. 146.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*, nums. 2 y 4.

la prestación del mismo. Por otro lado, considerando la teoría de la imputación objetiva, la misma se adecua en los numerales 1 y 3 del art. 146 del COIP.⁷⁶

El segundo delito, está tipificado en el art. 152 del COIP:

La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año. 3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que, no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio. La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146. No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.⁷⁷

Sobre este artículo nos referiremos de manera puntual a dos de sus elementos, el primero el hecho de que, al devenir las lesiones de la infracción al deber objetivo de cuidado, las mismas suponen una pena menor, esto quizás tiene su lógica en que, este tipo de lesiones se genera en una conducta culposa contraria a las otras lesiones descritas de las que se desprende una intención de causar daño.

El segundo, a la aplicación del principio de necesidad, el cual clarificaremos con un ejemplo, si el médico a efectos de controlar una hemorragia requiere realizar una maniobra determinada que suponga una lesión para el paciente, pero que, a través esta, se garantiza el bien jurídico superior, en este caso la vida, la lesión no será punible, convirtiendo tal daño en uno que la víctima está obligado a soportar. Como hemos visto, la responsabilidad penal, una vez que ha sido imputada a un sujeto, supone el establecimiento de sanciones relacionadas a la privación de libertad de este.

⁷⁶ *Ibíd.*, nums. 2 y 3.

⁷⁷ Ecuador 2014, art. 152.

1.4. Responsabilidad médica, derecho médico y la prestación de servicios de salud

Hemos realizado un recorrido por la mayoría de los ámbitos que tienen relación con el derecho a la salud, partiendo desde su configuración como un derecho constitucional, el puente que esto significa para el desarrollo de otros derechos, las esferas de este, los niveles normativos aplicables y las responsabilidades que supondría su deficiente prestación.

Durante este viaje, hemos visto que es diverso y amplio el ordenamiento jurídico de la salud, no obstante, y pese a esa pluralidad normativa, no hemos encontrado de manera orgánica ciertos elementos que, si bien son considerados para el establecimiento de las responsabilidades civiles o penales no están asentados en una rama propia del derecho, lo que no significa que los mismos no puedan o deban entenderse como autónomos.

Nace entonces la necesidad, no solo por un tema de seguridad jurídica sino como una necesidad real de adecuar el derecho a la salud, de contar con una rama específica que comprenda la prestación de los servicios de salud y en este punto es donde emerge el derecho médico como una rama autónoma del derecho.

El derecho médico es el conjunto de normas que regulan la relación médico paciente y la prestación de los servicios de salud, esta rama, así como todas las que pertenecen al ámbito del derecho, tiene elementos particulares: i. El acto médico, ii. La relación médico-paciente y iii. La responsabilidad médica.

Como se ha señalado de manera previa a cada una de las ramas del derecho, el acto médico es toda actividad realizada por el profesional de la salud en ejercicio de una profesión y que tiene por objetivo atender la necesidad del paciente.

En este elemento es fundamental comprender que, el avance constante de la medicina y su vinculación íntima con el actuar diario de las personas, nos ha colocado en una etapa del desarrollo médico y jurídico que, en palabras del maestro López Mesa,⁷⁸ es entendido como la medicalización de la vida, concepto que no supone otra cosa sino el endiosamiento de la técnica y la ciencia.

⁷⁸ Marcelo J. López Mesa, “La medicina terapéutica o hipocrática y la medicina embellecedora o perfectiva: Obligaciones del médico en cada una y responsabilidades consecuentes”, *Revista Jurídica Internacional*, n.º 2 (2021): 124.

De esta teoría entonces, para comprender de mejor manera al acto médico, es necesario analizarlo desde la óptica de los dos tipos de medicina que se aplican en la actualidad, nos referimos a la medicina terapéutica y a la medicina perfecta o embellecedora; la medicina terapéutica es aquella en la que el acto médico se brinda para atender una necesidad terapéutica del paciente, atención sin la cual su salud y vida corren grave peligro, ejemplo de esta, la atención oncológica o de cirugía emergente, en cambio, la medicina perfecta o embellecedora, es aquella en la que el acto médico se presta para atender un interés del paciente, que, sin mediar una necesidad terapéutica busca un grado de perfección o satisfacción por intermedio de un procedimiento o intervención que no resulta emergente o urgente.

Por lo tanto, el acto médico se analizará en relación a la necesidad que genere la relación médico paciente.

El segundo elemento del derecho médico es la relación médico paciente, la misma que se constituye como el vínculo entre el profesional de la salud y el paciente o cliente, paciente, cuando la necesidad de atención se da en el marco de la medicina terapéutica, y paciente, cuando la relación se establezca en la medicina perfecta.

Esta relación, la cual debe ser adecuada a la prestación de un servicio, conforme se analizó cuando tratamos la responsabilidad y el derecho civil, supone la existencia de dos tipos de obligaciones, las obligaciones de medios, en las que el deber del médico o profesional de la salud no garantiza un resultado, sino la aplicación de todos los medios necesarios para mejorar la condición de salud del paciente, es decir, cuando la relación médico paciente se genera a partir de la medicina terapéutica, la misma supone una obligación de medios para el profesional, aquí, el médico deberá aplicar en la mejor medida posible la *lex artis*, *lex artis ad-hoc* y del deber objetivo de cuidado.

En otra parte, las obligaciones de resultados, las cuales nacen de la relación generada entre el médico y el paciente bajo el ámbito de la medicina perfecta o embellecedora, en este caso, el deber del médico es alcanzar el objetivo planteado por el paciente y aceptado por el profesional.

Previo a analizar a la responsabilidad médica como el tercer elemento del derecho médico, es importante entender los principios de la relación médico paciente. La Constitución⁷⁹ en el art. 362, la Ley Orgánica de Salud,⁸⁰ la Ley 77 Derechos y Amparo

⁷⁹ Ecuador 2008, art. 362.

⁸⁰ Ecuador 2006.

al Paciente,⁸¹ e incluso los Acuerdos Ministeriales 5316⁸² y 5216⁸³ han creado y regulado como derechos constitucionales a la información, la confidencialidad y el consentimiento informado, si continuamos esta lógica, estos tres derechos se configuran como los principios de dicha relación.

De esta manera, la información como un principio garantiza el ejercicio del derecho de autonomía de la voluntad para la libre elección del paciente en aceptar o no un tratamiento por ejemplo; el consentimiento informado se constituye como un proceso que integra el derecho a la información y a la autonomía de la voluntad y que se ejecuta no solo con la suscripción de un documento sino con la legitimidad que se brinda mediante la aceptación al acto médico y que cuenta con características especiales y, finalmente, la confidencialidad de la información, se estructura para preservar entre otros los derechos de intimidad del paciente, sino también como todo un proceso que busca resguardar la información generada en la aplicación del acto médico objeto central de la relación médico paciente.

Con este breve antecedente y como consecuencia de todo el análisis que se ha realizado, finalmente la responsabilidad médica es el daño generado por el profesional de la salud al paciente en la ejecución de un acto médico y que pone fin a la relación médico paciente.

Es esta, y no otra, la responsabilidad que debería generarse de la deficiente prestación de los servicios de salud, pues solo esta contiene para su determinación, un análisis sobre los hechos fácticos y el cumplimiento normativo de la salud como un derecho.

Como el objetivo que tiene el derecho médico, no es indemnizatorio ni sancionatorio, sino regulador, debe eso sí sobre la responsabilidad médica, partiendo del principio de reparación integral contenido en la Constitución, ser juzgado a la luz del derecho civil o penal, en otros términos, el ejercicio de atribución de responsabilidad que supone la inadecuada prestación de un servicio de salud, debe no solo considerar los elementos del derecho civil o penal, sino los del derecho médico, en cuyo caso es a partir de la responsabilidad médica desde donde debe proceder el ejercicio de determinación indemnizatorio o punitivo.

⁸¹ Ecuador 1995.

⁸² Ecuador 2016.

⁸³ Ecuador 2015.

En ese ejercicio profesional entonces, como ya se ha mencionado anteriormente, la concurrencia de factores que ponen en riesgo no solo el ejercicio profesional del médico, sino además y sobre todo, los bienes jurídicos del paciente, pueden obedecer como de alguna manera ha contemplado la norma, diversas causas que conlleven a un resultado dañoso, en el que no necesariamente exista una responsabilidad del profesional de la salud, por lo que es necesario analizar como desde las teorías de la concurrencia de causas se atribuye en efecto la responsabilidad a partir de la cual inicia la cobertura del contrato de seguros de responsabilidad civil profesional médica.

2. Teorías de causalidad

El Código de Comercio,⁸⁴ en el art. 693, define al riesgo asegurable como aquel evento incierto que no depende de la voluntad de las partes contratantes del seguro, sin embargo, establece que, ante su ocurrencia, las obligaciones del asegurador son exigibles.

En esta misma lógica, el art. 695⁸⁵ de la misma norma, establece el concepto de siniestro, definiendo tal hecho como la ocurrencia de ese riesgo asegurado, cuando el mismo se encuentre reconocido en el contrato de seguros.

Aparentemente estas normas, parecen complementarse entre sí, más allá de esta percepción, y desde una óptica importante más importante en unos tipos de seguros más que en otros, la norma no aborda de manera clara la causa que configura la ocurrencia de ese hecho dañoso, cuyos perjuicios patrimoniales son potencialmente exigibles al asegurador.

En la cotidianidad, todo aquello que ocurra en el impulso de las relaciones sociales, no importa su tipo ni la forma, en general, todo aquello que sucede supone circunstancias expuestas a potenciales daños, a riesgos, de ahí, que toda actividad o conducta crea un riesgo y expone a los sujetos a diversos daños.

Con esto, si bien todo supone un daño, solo son relevantes legalmente aquellos daños a los que se adhieren conceptos jurídicos, separando por lo tanto a aquellos daños que reposan en la esfera del fenómeno, de aquellos daños que contienen una consecuencia jurídica; en este sentido, el elemento que nos permite diferenciar ambas esferas es la causa, el origen del hecho dañoso.

Para graficar lo expuesto, la muerte como un hecho dañoso es un riesgo al cual estamos expuestas las personas, riesgo que en determinado momento ocurrirá y que generará un daño; ahora bien, la ocurrencia de ese riesgo, es decir, la muerte supone una vulneración al derecho a la vida, así la muerte natural o la muerte a manos de un tercero produce el mismo daño.

Separando este hecho según las esferas propuestas, si la muerte es natural, se ha producido un fenómeno propio de la vida y cuya razón no puede ser atribuida a nadie; por otro lado, si es la muerte nace de la mala práctica profesional de un médico cirujano, ese riesgo no ocurrió por un fenómeno natural, sino por la acción de un tercero cuya conducta

⁸⁴ Ecuador 2019, art. 693.

⁸⁵ *Ibíd.*, art. 695.

daña un bien tutelado, generando entonces una consecuencia jurídica para el autor de dicha conducta.

La posibilidad de determinar si es que la ocurrencia de ese riesgo se encuentra en la esfera del fenómeno, sin producir efectos jurídicos, o, si se encuentra en la esfera del derecho, produciendo los efectos establecidos en la norma, es la causa, entendida ésta como el vínculo permanente entre los sucesos o hechos y el sujeto que opera la conducta.

Ahora, las consecuencias de las conductas, de aquellas que son relevantes jurídicamente, sin considerar en que disciplina se ejecutan, pueden obedecer no solo a un hecho raíz, sino a diversas vicisitudes que se ligan a las conductas efectuadas, dando paso a las denominadas concausas cuyo mecanismo de solución se ha construido a lo largo del tiempo en las teorías de la causalidad.

En materia de responsabilidad civil, la causalidad es un requisito necesario para su configuración, en la lógica de los sistemas jurídicos, desde las escuelas del *civil law*, los elementos para la determinación de responsabilidad civil incluyen al factor de atribución, a la antijuridicidad, a la relación causal y al daño; en el *common law* por el contrario, con sus características propias, puede atribuirse la responsabilidad civil a partir del daño antijurídico o injusto, a la relación causal y al factor de atribución.

Si bien en la práctica los sistemas plantean discusiones sustentadas en aristas diferentes, existe un elemento común que no se discute, la causalidad, es decir, el hecho previo a una consecuencia dañosa que, de alguna forma, influye en ese resultado, por esto, cuando se habla en términos naturales de causalidad, en palabras de Paludi,⁸⁶ el nexo causal es el enlace material, mientras que la relación causal es el lazo entre el antecedente y el consecuente.

En retrospectiva, este vínculo llano, quizás natural, entre un hecho previo y una consecuencia, se liga a ese concepto planteado del daño en su esfera del fenómeno, y no basta, por sí mismo, para superar los límites de la vinculación jurídica y atribuir, en la esfera del derecho, la responsabilidad.

Más allá de ese vínculo, la causalidad, desde la esfera del derecho como un elemento de la responsabilidad civil, debe encontrar además de la relación material, una adaptación jurídica; Trigo Represas⁸⁷ señala respecto a este concepto que no basta la

⁸⁶ Osvaldo Paludi, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio* (Buenos Aires: Astrea, 1976), 45.

⁸⁷ Félix A. Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil: El derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica* (Buenos Aires: La Ley, 2004), 124.

causalidad material, sino que es necesaria también la causalidad jurídica, la cual aporta la imputabilidad, por lo que, le corresponde al derecho adaptar a ese hecho dañoso una responsabilidad.

Hasta este punto entonces, se han plasmado dos ámbitos sobre los cuales cabe profundizar en base a sus teorías, la causalidad natural y la causalidad jurídica; en la primera se analizará a la teoría de la equivalencia de condiciones y a la teoría de la causa inmediata o causa próxima, por otro lado, en la causalidad jurídica se revisarán las teorías de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva.

2.1. Causalidad natural: Teoría de la equivalencia de las condiciones

También conocida como teoría de la *conditio sine qua non*, es una teoría desarrollada a finales del siglo XIX a partir del estudio realizado por el alemán Von Buri,⁸⁸ en términos generales como acertadamente reduce Roxin,⁸⁹ se debe considerar como causa a toda condición que ocasionaré el resultado siempre y cuando luego de un ejercicio mental, sin esa causa el resultado determinado desapareciera.

Para ilustrar lo mencionado graficaremos el siguiente ejemplo: si dos personas, quienes tienen una relación de amistad previa, caminan por la calle en sentidos opuestos y bajo un edificio en construcción al cruzar su camino se detienen para saludarse entre sí, y desde aquel edificio, producto de la movilización del material constructivo un obrero dejará caer un ladrillo que impacta a una de estas dos personas provocando que esta caiga al piso y genere el tropiezo de una tercera persona.

Si se elabora un mapa mental con los actores y los diversos escenarios ejemplificados, ninguno de los elementos podría disolverse del otro respecto al daño final de quien ha sufrido lesiones en su cabeza, por lo tanto, todas las condiciones son equivalentes entre sí y solo a partir de la convergencia de todas se produce el resultado dañoso, lo planteado no supone un análisis individual de cada causa, ni se hace una selección de aquellas que pudieran ser ponderadas sobre otras, de ahí su equivalencia.

Así planteados los hechos, desde el análisis de la simple materialidad entre los hechos raíz y el resultado o los resultados dañosos, no es posible establecer en qué punto

⁸⁸ Maximilian Von Buri, *Über Causalität und deren Verantwortung* (Leipzig: Gebhardt's Verlag, 1873), 323.

⁸⁹ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 102.

alguno de estos abandona una esfera fenomenológica para convertirse en un vínculo jurídico.

Rodríguez Grez señala con acierto que, si este tipo de escenarios se analizan desde la sustanciación de un proceso jurisdiccional, bastaría plantearse intelectualmente si el demandado no hubiere obrado que hubiese generado el daño, toda vez que ninguna realidad ocurre por hechos aislados, sino por la concatenación de unos con otros.⁹⁰

De esta manera, si en ese ejercicio mental en el que se construyen todos los elementos y sus sujetos, si alguno de estos faltará y el resultado ocurre, el daño no fue causa del mismo, no obstante, si por la falta de ese elemento o sujeto el daño no se produce, esa condición si puede ser declarada como causa.

Siguiendo a Roxin,⁹¹ quien vale señalar, coloca en un vértice a la teoría de equivalencia y en otro a la *conditio sine qua non*, considerando que, en la primera, toda causa parcial es autónoma, ese ejercicio intelectual mencionado previamente, es tomado como una herramienta de supresión hipotética.

Según Roxin,⁹² la teoría de equivalencia es representada por Julius Glaser quien mencionaba que si existe un punto de apoyo seguro, es decir, si se suprimiera mentalmente al autor de los acontecimientos y el resultado se sigue produciendo, que los hechos concatenados siguen ocurriendo, ni el hecho ni el resultado pueden conducirse a la eficacia del sujeto, en cambio sí suprimido mentalmente ese sujeto del lugar de los hechos, el resultado cambia, es posible afirmar que dicho sujeto está legitimado para afirmar que el resultado es producto de la actividad de éste.

También, Roxin,⁹³ para justificar la división inicial que planteó entre las dos posturas, manifestó que, según Von Buri,⁹⁴ en la sentencia penal del Tribunal Supremo del Reich, “lesiones con resultado de muerte sólo se dan si no se puede suprimir mentalmente las lesiones sin que simultáneamente se elimine también el resultado mortal”, es decir, si en el ejercicio de supresión mental se suprimen las lesiones y como tal la muerte, solo en ese caso al sujeto puede atribuírsele responsabilidad.

En la actualidad, los ejercicios de construcción intelectual o supresión mental, según la línea que más agrade, se ejecutan con el soporte o la ayuda de ciencias distintas

⁹⁰ Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad extracontractual*, 2.^a ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2010), 45.

⁹¹ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 102.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Maximilian Von Buri, *Über Causalität und deren Verantwortung*. Leipzig: Gebhardt's Verlag, 1873, 67.

al derecho, ciencias empíricas las cuales buscan según Frisch determinar que sujeto impone una condición necesaria para un resultado, en cuyo caso, no existe un ejercicio en derecho o una atribución jurídica, sino más bien, recibe el derecho aquello que ya fue analizado, solo materialmente por otras ciencias.

Si lo indicado puede aterrizar en la concepción del acto médico, el ejemplo sería el siguiente: un paciente luego de haber observado una protuberancia en su zona abdominal y algunos días de intensos dolores acude a la consulta de un cirujano general quien diagnóstica una hernia abdominal la misma que debe ser tratada quirúrgicamente.

En la fecha acordada, pero con una hora de adelanto, el paciente es ingresado a quirófano en donde la cirugía termina sin ninguna novedad aparente, el personal de enfermería culmina, conforme la guía de cirugía segura, con el inventario de los instrumentos e insumos y se declara como exitoso al procedimiento quirúrgico. Días después, el paciente presenta en la zona una coloración extraña y dolores reiterados en la zona de la intervención, por precaución el médico cirujano ordena una prueba de imagen.

Como resultado de dicho examen, se evidencia que en las cavidades abdominales del paciente existen cuerpos extraños, se programa una nueva cirugía y en efecto se extraen restos de lo que aparenta ser una gasa quirúrgica, la cual no fue extraída con éxito ni contabilizada por el personal de enfermería, sin producirse una lesión, se dispone una paralización de las actividades del paciente por al menos veinte y cinco días, tiempo por el cual el paciente reclama una indemnización por concepto de lucro cesante.

Desde la reconstrucción mental sugerida por la teoría de la equivalencia, se obtiene por ejemplo que, si el paciente no hubiese buscado la atención, no hubiese requerido la primera cirugía, luego, si el médico cirujano hubiese realizado la operación con su equipo de confianza, no hubiese olvidado la gasa, pero también, si es que el paciente de la intervención quirúrgica anterior no hubiese cancelado la misma, la intervención no se hubiere reprogramado hecho que hubiese significado una profesional de enfermería diferente y quizás más diligente, es decir, todos los hechos que acompañan a ese acto médico se configuran como causa del daño generado.

Este ejercicio, desde la normativa señalada precedentemente es incorrecto, pues no permite la configuración de los presupuestos requeridos para la determinación de la responsabilidad civil, por lo tanto, jurídicamente son intrascendentes, la causalidad de esta manera se mira solo sobre la interrelación de las causas y no sobre la trascendencia de estas en el hecho dañoso, circunstancia que coloca a esta teoría solo en el marco de la causalidad natural.

2.2. Teoría de la causa próxima o causa inmediata

Como se ha mencionado ya de forma precedente, uno de los principios del contrato de seguros es la causalidad, con más precisión y a partir de la influencia de las prácticas anglosajonas, quizás la teoría de causalidad con mayor relevancia en los ramos generales del seguro es la teoría de la causa próxima o causa inmediata.

En este esquema, solo podrán ser indemnizados los daños causados por aquellos siniestros cuya causa se encuentre cubierta por las condiciones de la póliza, en otras palabras, procederá la indemnización siempre y cuando la causa sea eficiente o cuente con las aptitudes suficientes para ocasionar el resultado.

Esta teoría, nace como un intento de corregir –si cabe el término– los planteamientos de la teoría de la equivalencia. Desde las teorías anglosajonas, según menciona MacGillivray,⁹⁵ la causa próxima no es la primera, tampoco la última y tampoco la única, sino aquella que, por el contrario, sea la efectiva u operativa, rasgos que pueden observarse desde el sentido común. Por el contrario, el inglés Francis Bacon⁹⁶ indica que la causalidad próxima, se construye en una perspectiva temporal considerando aquella causa que más se acerca, según su ocurrencia en el tiempo, al hecho dañoso.

En principio, ambas posturas parecen contener los mismos elementos, pero, siendo estrictos, se puede apreciar una diferencia sutil; la tesis del primero, MacGillivray,⁹⁷ no se sustenta en un examen temporal sino en la capacidad de esa causa para desatar el resultado dañoso, visto de esta forma, su sustento se encuentra en la eficiencia.

Por el contrario, Bacon⁹⁸ refiere inmediatez sí, pero cuantificable en el tiempo, en efecto se refiere a la efectividad cronológica de la causa, de esta forma, el hecho dañoso pudiera entenderse a partir de lo actuado por el último sujeto en intervenir en la coyuntura, aunque ese último sujeto pueda ser quien sufra las consecuencias.

Estas dos posturas, tampoco permiten atribuir una responsabilidad de manera concreta, por lo que quizás es necesario adherirle a cada una, ciertas ‘mejoras’ propuestas.

⁹⁵ Evan James MacGillivray, *Macgillivray on Insurance Law Relating to All Risks Other Than Marine* (London): Sweet & Maxwell, 2008).

⁹⁶ Francis Bacon. “Maxims of the Law.” Chapter. In *The Works of Francis Bacon*, edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis, and Douglas Denon Heath, 7:307–8 (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

⁹⁷ *Ibíd.*, 98.

⁹⁸ *Ibíd.*, 99.

A la lógica anglosajona de MacGillivray⁹⁹ es adecuado incorporarle la lógica de la causa preponderante correctamente expuesta por De Cuevillas¹⁰⁰ en un análisis a la exposición previa de Biding y Oertmann;¹⁰¹ así, causa próxima es aquella que en mayor grado contribuyó para la ocurrencia del daño, valoración de tintes cualitativos y que suma la eficacia a la eficiencia, como los rasgos vitales para desencadenar el curso de los hechos dañosos.

De alguna manera la consideración cualitativa le otorga a este análisis una mayor trascendencia, no obstante, tampoco soluciona el problema de fondo respecto a la atribución de esa causa a los sujetos, más todavía, cuando no se plantea la fórmula que permita cuantificar ese nivel de eficiencia.

En un ejercicio que permita equiparar las dos visiones de la teoría de la causa próxima, a lo mostrado por Bacon,¹⁰² podemos añadirle el postulado de Birkmeyer¹⁰³ sobre la causa eficiente quien amplifica lo descrito anteriormente sobre el ejercicio de supresión mental, sumándole a este la consideración temporal de su ocurrencia, sugiere que si la causa no se produce de manera inmediata al hecho dañoso, la misma no influye en el resultado, de tal manera que, si la misma causa se produce antes de otras tantas causas, su efectividad en el resultado es nula.

También esta ampliación supone un conflicto, y es que retorna el análisis a un ejercicio simple entre la conducta y el resultado, restándole peso incluso a la calidad de dicha conducta y centrándose en la ubicación temporal de su ocurrencia.

Para ratificar lo descrito, en el ejemplo planteado previamente sobre el paciente y el profesional que inician una relación profesional en la que se ejecutan diversos actos médicos, entre ellos, un acto quirúrgico concreto y del que se desprende un perjuicio por el tiempo generado de incapacidad, esta teoría tampoco permite determinar con precisión, que conducta genera el daño.

Desde la eficiencia, la conducta del médico al dejar caer involuntariamente el insumo en la cavidad del paciente, lo cual resultaría eficiente y eficaz en razón de que la segunda intervención quirúrgica tiene por objetivo retirar ese cuerpo extraño, puede ser la causa del daño. Desde la proximidad en el tiempo, la responsabilidad puede recaer

⁹⁹ *Ibíd.*, 98.

¹⁰⁰ Ignacio De Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de Daños* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 127.

¹⁰¹ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.^a ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993), 269.

¹⁰² Bacon, *Maxims of the Law*, 308.

¹⁰³ Bustamante Alsina, 270.

sobre la enfermera, quien es el último sujeto encargado de ejecutar un procedimiento de verificación en el quirófano.

Como se mencionó, la aplicación de esta teoría en los seguros de ramos generales puede ser adecuada en razón de que, en dichos seguros, la ocurrencia de cada riesgo asegurado, es decir, el siniestro, puede producirse por causas independientes sobre las cuales puede proceder un análisis de inmediatez cualitativo o cuantitativo, a saber: si el incendio de una edificio de cinco pisos se produce por una fuga de gas que no se pudo controlar en el primer piso, debido a la ausencia de equipos contra incendio, la causa inmediata en razón de su eficiencia podría ser la fuga de gas y en razón de su temporalidad la ausencia de equipos que no permitió controlar oportunamente el incendio.

Si las condiciones de la póliza cubren los daños por fuego, la causa por su eficiencia se consolidaría como un riesgo cubierto y por lo tanto debería proceder el pago de la indemnización, pero, si las condiciones exigían como una garantía de la póliza el contar con equipos de protección funcionales, ese incumplimiento, aunque se configura como inmediato en el tiempo, sería un eximente de responsabilidad válido por parte de la compañía de seguros.

Por otra parte, en los seguros de responsabilidad civil y en específico en los seguros de responsabilidad civil profesional médico, en donde las coberturas están enlazadas a la determinación de responsabilidad del profesional sobre el cumplimiento de sus deberes como profesional de la salud, el examen de satisfacción del deber objetivo de cuidado o *lex artis*, no se limitará a una revisión de eficiencia o temporalidad, razón por la que resulta limitado, por no decir, improcedente, aplicar esta teoría a los problemas de concausas en los riesgos asumidos en el acto médico.

Por esta razón, para el efecto que nos ocupa, la teoría de la causa inmediata o causa próxima tampoco nos permite generar un ejercicio de atribución jurídica o al menos un ejercicio de configuración de responsabilidad en derecho.

2.3. Causalidad jurídica: Teoría de la causalidad adecuada

Lilian San Martín y Jorge Larroucau ratifican la consideración de la causalidad como un elemento de configuración de responsabilidad civil, no solo desde la oportunidad de establecer precisamente al sujeto responsable, sino también como el límite hasta el

cual aquel al que se atribuya responsabilidad deba responder.¹⁰⁴ Es decir, en este ámbito de la causalidad, se configuran no solo hechos naturales o fenomenológicos, sino además en aquellos se encuentran ejercicios en los que el derecho actúa, de ahí la definición de causalidad jurídica.

Roxin explica que esta teoría se impulsa por el médico Johannes Von Kries, quien marca que, en un sentido penal, hoy se puede decir más bien, en un sentido jurídico, solo las conductas que tiendan a provocar un resultado típico son relevantes jurídicamente, por lo que, aquellas que no lo provoquen sería por el contrario irrelevantes.¹⁰⁵

De manera más ilustrativa, es adecuada aquella causa que de manera habitual compone un resultado, dicho de otra forma, la causa es adecuada cuando es habitual, cuando acaece por experiencia de vida o experiencia diaria conforme Franz Von Listz¹⁰⁶ (traducido por Jiménez de Asua) o cuando es una probabilidad en sentido jurídico, según López Mesa.¹⁰⁷ Con esto, la teoría de la causalidad adecuada sostiene la idea de que la causa del daño es la que generalmente será procedente, es decir, la que desencadenará el resultado, en esta, la probabilidad se tiene en cuenta al determinar qué causó un evento y se usa para comprender con qué frecuencia ocurren dos clases de eventos juntos. La adecuación tiene por objetivos, primero, separar aquellas causas extrañas para el evento, segundo, volcar el análisis a las situaciones esperables.

Esta teoría al contener aspectos que suponen una valoración jurídica implica considerar ciertos criterios adicionales: i. Adaptación o adecuación; ii. Previsibilidad; iii. Regularidad; iv. Prognosis o juicio retrospectivos de previsibilidad.

La adaptación o adecuación, también conocido como juicio de idoneidad, se refiere a que el resultado de la conducta debe concordar con aquello que ordinariamente se espera de esa acción u omisión conforme la normalidad de los hechos; gráficamente, si el médico cirujano no previene la caída de cuerpos extraños en las cavidades del paciente, puede habitualmente esperarse una infección en el paciente, lo que no sería habitual, es que a partir de esa omisión del médico el paciente genere una patología oncológica, por ejemplo.

¹⁰⁴ Lilian C. San Martín Neira y Jorge Larrocau Torres, “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2020): 124, <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>.

¹⁰⁵ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 102.

¹⁰⁶ Franz Von Listz, *Tratado de Derecho penal*, trad. Luis Jiménez de Asúa, 4.ª ed. (Madrid: Reus, 2007), 48.

¹⁰⁷ Marcelo J. López Mesa, “El mito de la causalidad adecuada”, *La Ley* (2008-B): 861.

Toda adaptación de la conducta requiere un análisis luego de los hechos respecto a la previsibilidad de los resultados, esa lectura retroactiva, pese a otras enunciaciones realizadas, se conoce, en palabras acertadas de López Mesa¹⁰⁸ como un análisis prospectivo-retrospectivo causal.

Para este análisis, si bien las definiciones de previsibilidad y probabilidad se ocupan por algunos tratadistas como sinónimos, es la primera situación, la previsibilidad, la que aporta una probabilidad jurídica. Trigo Represas,¹⁰⁹ lo representa con total claridad, si la conducta –acción u omisión– del sujeto era por sí sola capaz de producir el daño, según el orden normal de las cosas, el daño será objetivamente imputable a tal sujeto.

De lo expuesto, el juicio analítico de previsibilidad requiere de elementos personales y fácticos comparativos, resultando necesario establecer relaciones estadísticas en un universo casuístico amplio, dando paso a la regularidad.

No puede entenderse, ni siquiera en la esfera fenomenológica de la vida, que los hechos previsibles estén aislados de hechos que ocurren periódicamente; si además esos hechos previsibles necesitan ser comprobados estadísticamente por su repetición en el tiempo, se necesita que dichos hechos sean también habituales, ante esto, el daño debe reiterarse en el tiempo a partir del hecho dañoso; en consecuencia, sin regularidad no se obtiene probabilidad ni previsibilidad y menos adecuación.

Los tres elementos descritos deberían, a fuerza de ser vinculantes, poder influir en la conducta de los sujetos, para esto, aquellos que ejecuten las conductas deben tener claridades respecto a la probabilidad de las consecuencias de su conducta, entonces, el complemento fáctico de estos elementos es el conocimiento que el sujeto tenga de dichas consecuencias.

No obteniendo en este punto una respuesta concreta, sobre la valoración objetiva o subjetiva de apropiación de dichas claridades, aquello que se hace exigible en el sujeto es la diligencia debida, parámetro que ha sido discutido con posturas a favor y en contra desde la doctrina, pero que está claramente definido en el art. 29 del Código Civil.¹¹⁰ De esta manera, si el actor de la conducta, o quizás específicamente – desde una concepción práctica- el actor de la acción la ejecuta cumpliendo con el grado requerido de diligencia, más allá de que el hecho pueda preverse, su conducta estará justificada.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Félix Trigo Represas, “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, *Revista de Derecho de Daños* 3 (s. f.): 86.

¹¹⁰ Ecuador 2005, art. 29.

Frente a este análisis, en el que se superan meros ejercicios fácticos, también es necesario añadir un elemento, el nexo causal, pues es este elemento el que permitirá complementar la edificación de un hecho como causa de otro; si el daño se produce además del hecho previsible por otra circunstancia, también adecuada, se excluye la responsabilidad.

No basta el daño ni el hecho, sino además que entre el daño y el hecho exista relación, el análisis de ese vínculo natural entre los hechos, o más bien, de esos otros hechos que inciden, es el juicio retrospectivo de probabilidad.

De acuerdo a lo señalado hace algunos años por Robert Merkin,¹¹¹ sobre todo en materia de los contratos de seguros, cuando las escuelas inglesas representan a la teoría de la causalidad adecuada la expresan también como causa próxima, en este caso, es necesario no atender esa definición, sino más bien las categorías propuestas en esta corriente: i. Inevitabilidad del resultado; ii. Debilitamiento de la resistencia frente al hecho; y, iii. Estado de las cosas.

La inevitabilidad del resultado se traduce como la ocurrencia de determinada condición la cual provoca, inevitablemente, el resultado. Si el médico cirujano olvida en las cavidades del paciente un insumo médico, inevitablemente el paciente sufrirá un daño.

El debilitamiento supone un desgaste de las condiciones objetivas, si el médico olvida el insumo en la cavidad del paciente, aunque de manera inmediata o mediata el paciente provoque un daño, ese olvido del médico provocó un riesgo mayor para el paciente.

Ahora, en el estado de las cosas, si el médico cirujano olvida el insumo, aunque el daño no se produzca de manera directa o no se aumente el riesgo para el paciente, éste modifica sus conductas con el conocimiento de dicho insumo en su interior, ese cambio de conductas es un nuevo estado de las cosas, cambio que se dio a partir de la conducta del médico.

Esta teoría entonces, más allá de los análisis de los elementos que en doctrina pueden discutirse con más o menos detenimiento, nos lleva de todas maneras a discutir problemas jurídicos en el que los elementos ya no son sencillamente fácticos, por lo que, a criterio propio, es correcto aplicar esta teoría a la discusión propia de la determinación de la responsabilidad civil.

¹¹¹ Robert Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, 8.^a ed. (Sweet & Maxwell, 2006), 136.

Para Roxin, la adecuación antes de ser una teoría de causalidad es una teoría de imputación, puesto que esta no busca definir cuando un hecho es causal de un resultado, sino más bien establecer que circunstancias causales son determinantes en términos jurídicos para la imputación, planteamiento con el que se concuerda partiendo del ejercicio de comprobar una relación de condiciones en un marco legal y la posterior evaluación de la relevancia de dicha relación.¹¹²

2.4. Teoría de la imputación objetiva

El análisis precedente, no obstante, y a partir de insistir en que se considera correcta la visión final acotada en base a Roxin, no resulta del todo suficiente si el planteamiento de dicha teoría se analiza desde las características de la imputación objetiva.

Serían las reflexiones del alemán Karl Larenz,¹¹³ quien a partir de los estudios de Hegel, construye el planteamiento de la imputación objetiva, ambos llevando a la imputación hacia una corriente en la que se le da un reconocimiento a la persona desde el derecho con base en su espíritu y voluntad. Así lo ha expuesto con criterio Luis Rojas Aguirre.¹¹⁴

En resumen, la teoría de la imputación objetiva, antes que una teoría de causalidad es como su nombre lo recalca, una teoría de imputación que se conduce a la atribución jurídica a una persona de un hecho como suyo, o lo que es lo mismo, busca establecer si un hecho causal puede ser imputado como propio a un sujeto o si el mismo debe considerarse como un evento accidental.

Serían Claus Roxin¹¹⁵ y Günter Jakobs¹¹⁶ en sus obras sobre la imputación objetiva en el derecho penal quienes exponen de manera más adecuada la teoría. Para no alterar el precepto, Roxin¹¹⁷ señala: “se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo

¹¹² Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 102.

¹¹³ Karl Larenz, “Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnung Ein Beitrag Zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus Und Zur Lehre von der ‘Juristischen Kausalität’”, *Scientia Verlag* (1970).

¹¹⁴ Luis Emilio Rojas Aguirre, “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”, *Revista de derecho (Valdivia)* 23, n.º 1 (2010): 37, <https://doi.org/10.4067/s0718-09502010000100010>.

¹¹⁵ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 103.

¹¹⁶ Gunter Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho Penal* (Buenos Aires: AD-HOC, 1996), 154.

¹¹⁷ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 103.

permitido dentro del alcance del tipo [...]”, introduciendo de esta manera un nuevo precepto al debate, el riesgo jurídicamente relevante.

Jakobs¹¹⁸ concuerda y profundiza sobre el rol de los sujetos señalando que cabe que en los ejercicios individuales se debe ejecutar “[...] un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar”.

Con estas bases, cabe postular dos esferas, la primera aquella que se relaciona con el riesgo propio de las actividades de los sujetos en el ejercicio de sus actividades, y, la segunda, los roles que los mismos sujetos desempeñan en las relaciones entre sí. De esta forma, es necesario precisar a quien le compete el evento relevante, quien asume el riesgo.

Si bien las tesis son congruentes entre sí, para Cancio Meliá¹¹⁹ visto desde la cuestión causal existe una pequeña dicotomía entre estas, la propuesta de Roxin se encamina a resolver la imputación del resultado al sujeto, en cambio Jakobs postula en la teoría la revisión de todo el tipo objetivo –imputación de conducta y resultado–.

A criterio individual, siendo respetuoso del postulado, es correcto señalar, sobre todo en el ámbito de análisis propuesto en este trabajo, la importancia en las dos esferas creadas a partir del análisis conjunto de las tesis planteadas, pues este conviene más a los ejercicios propios no solo de la responsabilidad civil, sino también de las conductas, roles y riesgos propios del acto de salud.

Es procedente entonces continuar, para Roxin,¹²⁰ cuando un bien jurídico protegido es puesto en riesgo, se genera un riesgo jurídicamente relevante, empero, existen en la sociedad una diversidad amplia de riesgos permitidos por sí misma, de esta manera señala tres elementos que deben comprobarse para la atribución del resultado lesivo al sujeto creador del riesgo: i. Cuando la conducta del sujeto o su situación jurídica crea el riesgo no permitido para la obtención del resultado; ii. Que el resultado obedezca a la creación de ese riesgo no permitido originado en la conducta del sujeto; y, iii. Que el daño, no se encuentre por fuera de los límites del ámbito de protección normativa.

Con el primer elemento se aborda el conflicto desde las consideraciones *ex ante* y *ex post*, primero, al mirar a la conducta desde antes de su ejecución se observa un riesgo jurídico relevante, luego, desde la mirada posterior, es ese riesgo creado y no otro el

¹¹⁸ Gunter Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 154.

¹¹⁹ Manuel Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva* (Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 2001, 66.

¹²⁰ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 103.

causante del resultado ocurrido, aportación sintetizada gracias a lo destacado por Sánchez, Corcoy y Baldó.¹²¹

Respecto al segundo elemento, que quizás supone un reconocimiento más sencillo, el resultado debe provenir directamente de la conducta del sujeto y no de la ocurrencia de otro riesgo, pero, además, el riesgo no se incrementa por la conducta del sujeto cuando incluso la conducta adecuada, entendiéndose, el riesgo permitido, genera el mismo resultado que aquel no permitido.

Con la intención de vincular lo señalado de manera previa cuando se expuso a la responsabilidad penal y su vinculación con los actos de salud, el contenido del art. 146 del Código Orgánico Integral Penal¹²² sobre todo lo establecido en los numerales primero y tercero de dicha norma tiene su base doctrinaria en lo mencionado.

Por su parte, los numerales segundo y cuarto se sustentan en el cumplimiento del deber objetivo de cuidado, es decir, de la debida diligencia y el rol que deben ejecutar los sujetos, en el caso particular los profesionales, más específicamente, los profesionales de la salud.

Complementariamente a estos elementos, Jakobs¹²³ plantea analizar los límites o los riesgos permitidos por la sociedad los mismos que se relacionan con la atribución de los roles de conducta debidos, en deberes de cuidado, por esto, a su criterio, los roles no son otra cosa que estándares objetivos de conducta, en cuyo caso, la imputación es precisamente esa fractura del rol social asignado y la conducta ejecutada.

En este sentido, los argumentos de los maestros de esta teoría coinciden plenamente con el desarrollo positivo de la norma vigente en el Ecuador en materia de responsabilidad penal por mala práctica profesional, siendo conceptos relevantes incluso en un ejercicio progresivo respecto a las responsabilidades que se señalan en el art. 54 de la Constitución.¹²⁴

Como se ha planteado previamente, de manera ilustrativa, en la intervención realizada por el médico cirujano existe una conducta riesgosa que es esperada por la sociedad, es decir, todo acto médico quirúrgico supone un riesgo, a ese riesgo debe añadirse la diligencia que el médico debía poner en su ejercicio, ahora, si el ejemplo

¹²¹ Jesús María Silva Sánchez, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Francesc Baldo Lavilla, *Casos prácticos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales* (Madrid: J. M. Bosch, editor, s. f.), 56.

¹²² Ecuador 2014; art. 146.

¹²³ Gunter Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 154.

¹²⁴ Ecuador 2008, art. 54.

además del daño patrimonial para el paciente genera una lesión estaríamos frente al delito tipificado en el art. 152 del Código Orgánico Integral Penal.¹²⁵

En este punto cabría desde la teoría de la imputación objetiva saber si el resultado dañoso es atribuible a un riesgo jurídico relevante y a la obligación de diligencia que tenía el médico; si resultará que esa intervención era la quinta que realizaba el médico en el día, el riesgo permitido de la intervención quirúrgica se elevaría, convirtiéndose en un riesgo no permitido, a su vez, la capacidad del médico se vería disminuida.

Si la lesión con una incapacidad superior a noventa días por parte del paciente no se debió a ninguna otra circunstancia patológica, sino solo, a las consecuencias del cuerpo extraño en sus cavidades, estaríamos frente a un supuesto en el que, con base en la teoría de la imputación objetiva, debe atribuirse el daño a la conducta del médico cirujano configurándose responsabilidad penal, si por el contrario, la incapacidad del paciente se genera por una condición patológica de comorbilidad, se anula el proceso de imputación.

Como se mencionó, si bien en los seguros de ramos generales es de alguna manera aceptable el uso de la teoría de la causa próxima o causa inmediata, cuando los seguros son de responsabilidad civil, los problemas de concausas no se solucionan fenomenológicamente sino a través de ejercicios de atribución e imputación como se ha expuesto en las tesis planteadas dentro de la causalidad jurídica.

3. La causa como un principio determinante

De acuerdo a la exposición realizada, la causa en el contrato de seguros debe entenderse no solo como un simple hecho, sino como aquel hecho preponderante en el ejercicio de derechos y obligaciones para las partes del contrato de seguros.

Si para la determinación de la indemnización o no del siniestro es necesario conocer el hecho que configura el resultado, y dicho hecho es único, como puede suceder en los seguros generales respecto al daño de equipo electrónico o al incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del contratista público, el resultado se obtiene de manera sencilla.

El problema real nace cuando en lo que debe analizarse para determinar la cobertura o no del siniestro existen una serie de causas que se presentan como ya se dijo, esa solución se encuentra en las teorías mencionadas. Ahora bien, más allá de las prácticas

¹²⁵ Ecuador 2014, art. 152.

aseguradoras o de la influencia que ha tenido la industria, el principio de la causa debe comprenderse desde una concepción más específica.

A lo largo de los años, la causa se ha transformado en uno de los aspectos de mayor discusión en el estudio de los negocios jurídicos, esto debido principalmente a dos situaciones: i. La causa se contiene en varios significados a la vez; y, ii. La causa como un elemento indispensable de los contratos. Por el objeto de este estudio, respetuosamente se añadirá un tercer elemento: iii. La causa como un principio.

La causa es un conector casi omnipresente en las relaciones jurídicas, es una asignación patrimonial, es una obligación, y es como ya se vio una teoría. Al hablar de asignación patrimonial, la causa permite comprender los motivos por los cuales el patrimonio de una persona se transpone al patrimonio de otra. Desde la obligación, la causa permite absolver todos los cuestionamientos que se producen en relación a las motivaciones de los actores de un contrato o negocio jurídico para definir porque la aplicación de ese negocio y no de otro. Finalmente, la causa es una teoría o conjunto de teorías que permiten atribuir una responsabilidad, tal como se expuso de manera previa.

La causa de acuerdo a lo establecido en el art. 1461 del Código Civil¹²⁶ es un requisito para la configuración de una obligación, tanto así que su ausencia es considerada por la misma norma como una causal de nulidad absoluta, como indica Del Brutto,¹²⁷ tan preponderante es la causa que a partir de esta se discute no solo su concepto, sino también su origen, lo adecuado o no de que sea exigido como un requisito de validez, su potencial sustitución con otros elementos, entre otros.

Como referencia a lo establecido en la norma, es adecuado concordar con el señalamiento realizado también por Del Brutto¹²⁸ sobre el concepto en el que la causa se debe comprender, es decir, como causa final o como causa impulsiva; en el primer caso se buscará entender la finalidad específica y directa de los contratantes; en el segundo, la razón subjetiva que motivo a las partes a contratar, personalmente nos apegamos a esta última. Comprender a la causa desde su motivo, es decir, desde el deseo cierto de los contratantes es más cercano a lo que se persigue en la actividad aseguradora, en donde la causa y su licitud están vinculadas a valoraciones subjetivas de protección y amparo personal o patrimonial.

¹²⁶ Ecuador 2005, art. 1461.

¹²⁷ Oscar Andres Del Brutto, "El concepto de Causa del Contrato en el Código Civil de Bello: la experiencia ecuatoriana", *Iuris Dictio*, 13 de diciembre de 2018, 192, <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1110>.

¹²⁸ *Ibíd.*

Para ilustrar este criterio, desde el concepto de causa final, el contrato de seguros busca para el asegurador cumplir y garantizar su giro de negocio y para el asegurado la previsión frente a un posible hecho dañoso; en cambio, desde la vista de la causa impulsiva, el asegurador comercializa las pólizas con la intención de coadyuvar como un mecanismo de protección social, o para garantizar la integración de valores a su mutualidad de riesgos, mientras que el asegurado busca en el contrato de seguros un mecanismo de protección de su patrimonio en relación a riesgos que pueden afectar el estado de aquellas cosas en las cuales tiene un vínculo económico activo, en otras palabras, interés asegurable; si por el contrario, la motivación del asegurado es beneficiarse económicamente del contrato, ese objetivo revestiría de ilicitud a la causa.

Un ejemplo más en lo específico del trabajo, si la contratación de un seguro de responsabilidad civil profesional médica se realiza con el objetivo de prevenir las potenciales pérdidas patrimoniales que se puedan generar ante la ocurrencia de los riesgos del acto médico, existiría licitud en la motivación del médico a contratar el seguro, en cambio, si el profesional de la salud requiere el seguro para deslindarse de las responsabilidades por los hechos del personal enfermería que presta servicios, la causa sería ilícita.

De esta manera y con sustento en lo mencionado por Ospina y Ospina,¹²⁹ en la subjetividad de la causa es fundamental que la motivación de los contratantes sea conocida mutuamente, de tal manera que, con la certeza correspondiente puedan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidir finalmente sobre la suscripción o no del contrato, de esta forma, siendo la causa un requisito de validez formal del contrato y debiendo el contrato ejecutarse siempre de buena fe, el concepto correcto a aplicar es el de causa impulsiva.

La causa ha sido expuesta como un elemento y por lo tanto es necesario asignarle una función. Desde las nociones de la autonomía de la voluntad, el contrato es una herramienta en la que se expresa una voluntad jurídica la misma que tiene a su vez forma y contenido; la forma será el mecanismo por el cual se expresa la voluntad, el cómo, el tipo de contrato, el contenido serán todas las expresiones contenidas en él, por lo tanto,

¹²⁹ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed. (Bogotá: Temis, 2019), 245.

será el que, y en este punto entonces la causa será el por qué, así lo sintetiza Betti¹³⁰ en su teoría del negocio jurídico.

La función principal de la causa por lo tanto es conducir las motivaciones no solo para la celebración del contrato sino para el fundamento de los derechos y obligaciones correlativas que no se agotan en la finalidad, sino que además se perfeccionan por su licitud.

Con el orden de ideas propuesto, se debe exponer a la causa como un principio. Como se dijo de manera previa a los postulados de Robert Alexy,¹³¹ los sistemas jurídicos están contruidos por diversas normas y reglas sobre las cuales se asientan las relaciones formales y materiales del derecho. Esta postura es discutida por Ronald Dworkin¹³² quien señala que también en el universo jurídico los principios juegan un papel preponderante siendo en estos en los que se encuentra la solución a temas que ni las reglas ni las normas pueden solucionar.

Desde la óptica del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que promulga una Constitución de las mismas características, los principios y las reglas son ambas normas, los primeros con una jerarquía superior al vincularse de manera directa a los postulados de los máximos ideales constitucionales y derechos fundamentales y las reglas en cambio normas de un rango inferior no vinculada a los derechos, sino quizás a la forma en la que se ejecutan los derechos y las relaciones sociales en general.

Si bien es cierto la actividad aseguradora no tiene un reconocimiento constitucional más allá del establecido en el art. 308 sobre las actividades financieras, pensar que los principios del contrato de seguros tienen esta jerarquía suprema o al menos superior es incorrecto, no con esto se dice que los principios del contrato de seguros deban ser guardados, sino más bien, que los mismos pese a ser utilizados y constar en el derecho positivo, no tienen igual jerarquía constitucional, pues su aplicación no se encuentra en los ámbitos de discusión de la Constitución.¹³³

Para efectos del contrato de seguros, como dice Contreras Strauch,¹³⁴ son principios del seguro todo aquello que ilumine o caracterice a la normativa legal que rige tales contratos y por ende los derechos y las obligaciones de los contratantes, en esta

¹³⁰ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez (Granada: Comares, 2001), 198.

¹³¹ Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", 140.

¹³² Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios* (Ciudad de México: Siglo XXI, 2012), 78.

¹³³ Ecuador 2008.

¹³⁴ Osvaldo Contreras Strauch, *El contrato de seguro* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2002), 49.

lógica en el primer capítulo se han expuesto a los que son considerados como principios del contrato de seguros, por lo que el análisis ahora no se encaminará a su definición, sino la trascendencia que uno de estos principios, la causa, tiene para el ejercicio del contrato, en especial la trascendencia respecto a otros de sus elementos importantes: el riesgo asegurado y la ocurrencia del riesgo –el siniestro–.

3.1. La trascendencia de la causa en el riesgo asegurado

Como se mencionó de manera previa, es el interés en determinada cosa concreta lo que nos motiva a la toma de decisiones, particularmente en el caso de los contratos de seguros, lo que nos motiva a la contratación de estos es el interés económico que nos une hacia las personas o las cosas y el conocimiento de que frente a ese interés se posicionan una serie de riesgos que pueden resultar perjudiciales.

En esta lógica, la causa no solo es un principio, sino además una regla que delimita las dimensiones en las cuales nace el contrato de seguros y sobre las que además existe un reconocimiento normativo de obligatoria satisfacción, por un lado, la esfera económica, contenida en el art. 694 del Código de Comercio¹³⁵ de aquello que nos pertenece por un concepto de propiedad o de filiación –en el caso de los intereses–; y, por otro, la esfera del riesgo o del potencial daño también configurada en el art. 693 del Código de Comercio.¹³⁶

Con base en estas disposiciones la causa es una regla trascendental, primero, para que esos riesgos, que amenazan el todo y que tienen un matiz fenomenológico, puedan ser asegurados deben cumplir con dos requisitos: i) Que estén vinculados a los intereses del asegurado, y ii) que puedan estimarse monetariamente. De esta manera, quien sea propietario de un vehículo, tiene un interés en que ese vehículo se mantenga a salvo, es decir, busca por tutela de su patrimonio que el vehículo no sufra daños, por lo tanto, contrata un seguro, seguro que no impedirá que el riesgo ocurra, sino que, aquel interés económico que existía sobre el bien que sufre la ocurrencia del riesgo no se vea afectado a partir de la indemnización.

Ahora se debe aplicar esta lógica en el ramo asegurador que interesa a este trabajo. Los seguros de responsabilidad civil se accionan con dos efectos: i. Cuando luego del proceso de determinación de responsabilidad se deba indemnizar los daños causados a un

¹³⁵ Ecuador 2019, art. 694.

¹³⁶ *Ibíd.*, art. 693.

tercero, esa reparación corre a costa del asegurador; ii. Cubrir los valores que se produzcan en los ejercicios de defensa del asegurado. Así, ¿el interés económico del asegurado puede ser susceptible monetariamente?, la respuesta es sí, ya sea civil o penalmente, existirá un monto que bajo el concepto de reparación deba entregarse al tercero perjudicado, pero también, mitigar la reducción patrimonial por el pago de honorarios profesionales.

De esta forma, la causa también puede ser tomada como una regla que garantiza la individualización de los riesgos para alcanzar esa viabilidad jurídica y técnica indispensable en el contrato de seguros como menciona Efrén Ossa,¹³⁷ hecho que se encuentra de alguna manera reconocido en los literales c) y d) del art. 691 del Código de Comercio¹³⁸ y h) del art. 699 al referirse al interés y riesgo como elementos esenciales del contrato de seguros y como información propia de la póliza respectivamente.

3.2. La trascendencia de la causa en la ocurrencia del riesgo o en el siniestro

En este mismo trabajo de manera anticipada se hizo una referencia a que la causa desde el contrato de seguros tiene una trascendencia tal que permite deducir si aquella circunstancia que genera la ocurrencia del riesgo, es decir, el siniestro, tiene o no cobertura de acuerdo a los límites establecidos en el contrato.

Como se dijo, la ocurrencia del siniestro puede atribuirse a una única causa o a diversas causas; si ocurre respecto a una sola, basta determinar si la naturaleza de esta y los parámetros temporales –vigencia- y espaciales –ocurrencia- se encuentran cubiertos por la póliza, situación que no requiere nada más que una construcción concreta.

Incluso existiendo un problema de concausas, si todas estas están cubiertas de manera individual por los límites contratados, tampoco se presenta un problema mayor, pues los efectos deberían ser indemnizados, nuevamente verificando la temporalidad y la esfera en la que se produce.

El problema de las concausas cuyas naturalezas confundan los parámetros de indemnización, se resuelve respecto a los ramos generales con la aplicación de la teoría de la causa inmediata, en cambio, en los seguros de responsabilidad civil y en específico

¹³⁷ J. Efrén Ossa Gómez, *Teoría general del seguro: El contrato* (Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984), 182.

¹³⁸ Ecuador 2019, 691 (c, d), 699 (h).

en los seguros de responsabilidad civil profesional médica, este dilema se resuelve con ejercicios de imputación, tal como se propuso.

En este tipo de seguros, por la naturaleza propia de su objeto, las causas del siniestro pueden ser varias, sin embargo, el riesgo es único, la indemnización, vista desde dos esferas. Se debe dejar algo claro, de acuerdo al texto de los artículos 751 y 752 del Código de Comercio,¹³⁹ el riesgo asegurado en la responsabilidad civil, y por ende en la responsabilidad civil profesional médica, es la indemnización de perjuicios; estos perjuicios se generarán bien sea a través de la sentencia que declare la obligatoriedad de la reparación, o, por el pago de los gastos que se generen para evitar una sentencia condenatoria.

Desde el art. 752,¹⁴⁰ por lo tanto, el siniestro ocurre en cuanto el profesional de la salud debe como poco, comparecer ante la autoridad investigadora o jurisdiccional competente, en este caso, en ausencia del contrato de seguros, su patrimonio se vería afectado con el pago de los honorarios profesionales que acompañen su defensa, riesgo en cuyo interés económico se sustenta la contratación del seguro, aquí la causa es trascendente como principio.

En cambio, desde el art. 751 del Código de Comercio,¹⁴¹ lo que debe operar es la determinación de responsabilidad, en este caso, la causa trasciende como regla ya que no solo debe ser responsable el profesional de la salud por su error de conducta o su culpa, sino que además esos hechos causantes de dicho error o culpa, deben estar previstos en la póliza, situación que ratifica la aseveración realizada de manera previa sobre la importancia de la imputación en los seguros patrimoniales de la responsabilidad civil.

En uno o en otro caso puede existir un conflicto adicional respecto a la rama en el cual surja la discusión, esto considerando que, de acuerdo a la Constitución, tanto la responsabilidad civil como penal pueden tener efectos reparativos –los efectos sancionatorios no admiten discusión fuera del ámbito procesal penal-, al coexistir es necesario que este previsto en el contrato toda situación que pueda ser atribuida desde la causalidad adecuada pero también desde la imputación objetiva.

Por esto, se hace necesario que dicha causa no solo sea suficiente, adecuada, jurídica en relación al daño, sino que luego pueda también ser imputable, por lo expuesto

¹³⁹ *Ibíd.*, 751, 752.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 752.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 751.

se insiste, la causa es determinante en el ejercicio de los contratos de seguros de responsabilidad civil profesional médica.

Conclusiones

La legislación del contrato de seguros en el Ecuador, desde el nulo reconocimiento constitucional ha generado un complejo problema no solo para la práctica de la industria aseguradora sino para el desarrollo de las relaciones jurídicas que brotan a raíz del contrato, tanto así, que, en su reforma más reciente, la gran mayoría de sus principios no han sido positivizados y los mismos deben observarse solo desde las corrientes que internacionalmente se puedan adherir.

A partir de estas corrientes se puede determinar ciertos principios con mayor o menor certeza respecto a su aplicación práctica pero que a fuerza de costumbre han delineado el actuar de los integrantes del sistema, tanto así que los mismos se reconocen más en los contratos de seguros que en la misma legislación.

Así, si bien la causa nos permite encontrar los intereses de los integrantes del contrato de seguros, también podrá permitirnos señalar en qué casos las coberturas pactadas puede o no ser ejecutadas y por lo tanto cuando procede la indemnización, precisamente como es el derecho médico autónomo, pero eficiente conjugado con otras ramas, lo es el derecho de seguros respecto a otras disciplinas jurídicas para su ejercicio y perfeccionamiento.

La causa como uno de estos principios no es solo el puente entre la ocurrencia de un hecho o la ocurrencia de una conducta y un daño, la causa tiene además un vínculo directo desde el negocio jurídico siendo la razón que lleva a las partes, guardando las diferencias, a demandar y ofertar los ramos de seguros.

En materia de responsabilidad civil profesional médica, podemos establecer una relación entre la causa y los seguros de responsabilidad civil profesional médica, por una parte, desde la visión del negocio jurídico, la causa que conlleva a los profesionales a contratar dicha póliza está relacionada con dos aspectos, el primero, con los riesgos propios que supone el acto médico indistintamente si la obligación en el mismo es de medios o de resultados; el segundo, nace de la postura sancionadora que ha asumido la legislación nacional sobre los actos médicos, es decir, sobre la consagración incluso a nivel constitucional de la mala práctica profesional y su posterior reconocimiento como delito mediante el Código Orgánico Integral Penal¹⁴².

¹⁴² Ecuador 2014.

Desde la causalidad, en los seguros de responsabilidad civil profesional médica, el siniestro se produce al momento en que una autoridad competente señala, una vez que se cumplió con el debido proceso, responsabilidad en contra del médico o profesional de la salud en estricto sentido, no obstante, de aquello, este ejercicio de determinación puede resultar más complejo que el simple señalamiento de culpabilidad, y en este punto, la causa de ese hecho dañoso es fundamental para la determinación de la obligación que tienen las compañías de seguros para asumir o no sus obligaciones respecto de la indemnización del siniestro y la cobertura que tiene el mismo desde el proceso de defensa del profesional.

Bibliografía

- Alexy, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 5 (de 1988): 139. <https://doi.org/10.14198/doxa1988.5.07>.
- Alsina, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 8ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- Bacon, Francis. “Maxims of the Law.” Chapter. In *The Works of Francis Bacon*, edited by James Spedding, Robert Leslie Ellis, and Douglas Denon Heath, 7:307–8. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2001.
- Cancio Meliá, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 2001.
- De Cuevillas Matozzi, Ignacio. *La relación de causalidad en la órbita del Derecho de Daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Real Academia Española. “Derecho civil”. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Accedido el 4 de agosto de 2023. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-civil>.
- De la Torre Prado, José Javier. *Derecho y práctica médica en el Ecuador*. Quito: De la Torre Prado, José Javier, 2012.
- Del Brutto, Oscar Andres. “El concepto de Causa del Contrato en el Código Civil de Bello: la experiencia ecuatoriana”. *Iuris Dictio* 22, (2018): 191-203. <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1110>.
- Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Argentina, 2012.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, 10 de febrero de 2014. <https://www.gob.ec/regulaciones/codigo-organico-integral-penal>.
- Ecuador. *Código de Comercio*. Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 14 de junio de 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006.

- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud*. Registro Oficial 670, 25 de septiembre de 2002.
- Ecuador. *Ley de Derechos y Amparo al Paciente*. Registro Oficial 626, Suplemento, 3 de febrero de 1995.
- Ecuador. *Código de Ética Médica*. Registro Oficial 5, 17 de agosto de 1992.
- Ecuador. Ministerio de Salud Pública. *Modelo Aplicación del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial*. Registro Oficial 510, Edición Especial, 22 de febrero de 2016.
- Ecuador. Ministerio de Salud Pública. *Reglamento de Información Confidencial en el Sistema Nacional de Salud*. Registro Oficial 427, 29 de enero de 2015.
- Gunter, Jakobs. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1996.
- Halperin Isaac, Félix, Juan Carlos. *Seguros*. Ediciones de Palma (Buenos Aires: Depalma, 1991).
- Larenz, Karl (1970). Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnung Ein Beitrag Zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus Und Zur Lehre von der “Juristischen Kausalität”. *Scientia Verlag*.
- López Mesa, Marcelo J. “La medicina terapéutica o hipocrática y la medicina embellecedora o perfectiva: Obligaciones del médico en cada una y responsabilidades consecuentes”. *Revista Jurídica Internacional*, n.º 2 (2021): 1–38.
<https://cl.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=fbd757817446b468d2c4211fe90d4715>.
- MacGillivray, Evan James. *Macgillivray on Insurance Law Relating to All Risks Other Than Marine*. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Merkin, Robert. *Colinvaux's Law of Insurance*. 8.^a ed. Sweet & Maxwell, 2006.
- Neira, Lilian C. San Martín y Jorge Larrocau Torres. “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de la jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 40 (2020): 329–59.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n40.12>.
- Ospina Fernández, Guillermo, y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7.^a ed. Bogotá: Temis, 2019.

- Ossa Gómez, J. Efrén. *Teoría general del seguro el contrato: (ensayo de interpretación del Título V, Libro cuarto, del Código de comercio de la República de Colombia)*, t. 2. Texas: Editorial Temis Librería, 1984.
- Paludi, Osvaldo. *A relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*. Buenos Aires: Astrea, 1976.
- Represas, Félix A. Trigo. *Tratado de la responsabilidad civil: El derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2010.
- Rojas Aguirre, Luis Emilio. “Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?”. *Revista de derecho (Valdivia)* 23, n.º 1 (2010). <https://doi.org/10.4067/s0718-09502010000100010>.
- Roxin, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. 4.^a ed. Lima: Editora y Librería jurídica Grijley E.I.R.L, 2019.
- Silva Sánchez, Jesús María, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Baldo Lavilla, Francesc. *Casos prácticos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*. Madrid: J. M. Bosch, editor, s. f.
- Strauch, Osvaldo Contreras. *El contrato de seguro*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2002.
- Trigo Represas, Felix. “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado”. *Revista de Derecho de Daños* 3 (s. f.): 133–76.
- Ulhoa Coelho, F. *Curso de direito comercial*. Sao Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- Von Buri, Maximilian. *Über Causalitat und deren Verantwortung*. Leipzig: Gebhardt's Verlag, 1873.
- Von Listz, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traducido por Luis Jiménez de Asúa. 4.^a ed. Madrid: Reus, 2007.