

Causalidad probabilística en las acciones medicas como sustento de la jurisprudencia democrática

Probabilistic Causality in Medical Actions as Support of Democratic Jurisprudence

Gerardo Francisco Ludeña González

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4433-9471>
Universidad César Vallejo - Lima - Perú
gludenag@ucv.edu.pe

Alexander Masías Benavides Román

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0398-938X>
Universidad César Vallejo – Lima - Perú
benavidesro22@ucvvirtual.edu.pe

Nancy Margarita Ossandon Flores

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5786-481X>
Universidad César Vallejo – Lima - Perú
nossandon@ucv.edu.pe

Jaime Gabriel Castilla Barraza

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8234-9449>
Universidad Privada del Norte / Universidad Tecnológica del Perú - Lima - Perú
Jaime.castilla@upn.pe / C23485@utp.edu.pe

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7644512>

Resumen

Se considera la democracia como amplia serie de relaciones basadas en la vigencia de los derechos humanos. En consecuencia, supeditar las acciones médicas a la dignidad que contiene la vida, significa promover encuentros plurales y justos. En tanto, la investigación tiene el propósito de analizar la causalidad probabilística como sustento de la jurisprudencia democrática, con estudios de caso donde se consideran eventos fácticos con la finalidad de impulsar las reflexiones que justifican los hallazgos y las discusiones. Concluye que las acciones jurídicas al vigilar y controlar las prácticas de salud, al atender los límites de la causalidad probabilística, benefician la manifestación de coexistencias habitables al ser equitativas frente a la coyuntura actual de salud y la aparición de nuevos tipos de daños donde muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que se frustren las demandas, pues, en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada.

Palabras clave: Causalidad Probabilística; Jurisprudencia Democrática; Derechos Humanos; indemnización.

Abstract

Democracy is considered as a broad series of relationships based on the validity of human rights. Consequently, subordinating medical actions to the dignity that life contains means promoting plural and fair encounters. Meanwhile, the research has the purpose of analyzing probabilistic causality as a basis for democratic jurisprudence, with case studies where factual events are considered in order to promote reflections that justify the findings and discussions. It concludes that legal actions by monitoring and controlling health practices, by addressing the limits of probabilistic causality, benefit the manifestation of habitable coexistence by being equitable in the face of the current health situation and the appearance of new types of damage where many times the difficult proof of the causal relationship leads to the lawsuits being frustrated, since, in many cases, the rule of adequate causality cannot even be resorted to.

Keywords: Probabilistic Causality; Democratic Jurisprudence; Human Rights; compensation.

Introducción

Actualmente, “el fundamento de la *lex artis* es la corrección técnica de la actuación médica, mientras que el fundamento del derecho de información se encuentra en el hecho de que constituye una garantía del derecho de autodeterminación del paciente,”¹ haciendo alusión al consentimiento e información como deberes médicos, cuya omisión genera responsabilidad civil si se causan daños por mala *praxis*. Situación que implica que el médico debe informar sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias. Sin embargo, puede ser incorrecta la información en el diagnóstico, pero en dicho caso no se estaría vulnerado el derecho a la información, sino que el médico es negligente. Por ello, si el diagnóstico se comunica al paciente, la responsabilidad se puede generar por un error en el diagnóstico; no por omitir o dar errónea información. No todo caso, se procura que las acciones médicas al considerar la *lex artis ad hoc* impliquen informar oportunamente al paciente sobre su estado de salud.

El propósito de este artículo es mostrar la carencia de sustento en la causal link para determinar el derecho de daños acorde a los sucesos frente a los casos donde sea complicado definir una causa clara entre el hecho y el daño. Siendo más factible emplear la probabilística, acción que permite establecer si existe responsabilidad civil y subsecuentemente daño que debe ser indemnizado o resarcido como cuidado y protección social.

La presente investigación se estructura desde el enfoque cualitativo, bajo un diseño de estudios de caso y con diseño fenomenológico.² Se considera el método holístico

¹ AGÓN, J. G. (2017). *Consentimiento Informado y Responsabilidad Médica*. Wolters Kluwer. Recuperado de: <https://tienda.wolterskluwer.es/p/consentimiento-informado-y-responsabilidad-medica-en-septiembre-de-2022>, p. 17.

² MARTÍNEZ, M. (2004). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa*. Editorial Trillas.- ISBN 968-24-7011-0 México. Recuperado de:

hermenéutico bajo la taxonomía dialógica del pensamiento jurídico en el contexto de la tridimensionalidad del derecho,³ que promociona una concepción del derecho como evento praxeológico y dinámico, en cuanto las acciones se supeditan al bienestar social al evidenciar los derechos humanos fundamentales.⁴ En estas situaciones las prácticas se supeditan al cuidado social como entramado colectivo e individual, donde la expresión del derecho es un hecho complejo, multifactorial, donde se relacionan dialógicamente las comunidades en beneficio de sí. Siendo este siempre una serie de acciones éticamente condicionadas. Se considera:

Afirma que la intención contemporánea es manifestar los derechos humanos ante cualquier suceso, circunstancias y momento, mucho más allá de las particularidades. Es decir, los derechos humanos se convierten en las entidades desde las cuales es lícito coordinar las acciones jurídicas; su vigencia se convierte en razón de ser de las jurisprudencias acertadas.⁵

Del mismo modo, es una investigación de inducción y abducción analítica,⁶ en tanto se trata de verificar teorías y proposiciones desde las conceptualizaciones de la responsabilidad extracontractual a partir de un diseño fenomenográfico potenciado virtualmente desde espacios de la Educación Superior,⁷ en la búsqueda de conseguir respuestas del estudio sub asunto, a través del análisis de derecho comparado del *civil law*. Considera, además, al método naturalista y experiencial que se encuentra ínsito en el enfoque cualitativo.⁸

Legislar para el bienestar colectivo

Los juristas franceses sostienen que el sistema de responsabilidad debe ser objetivo, identificando precisamente a quienes cometen las faltas.⁹ Bajo esa línea, resulta inapropiado conceptualizar el criterio de atribuir concurrencia de culpa a las víctimas. Para ello se acoge la idea desde la corriente jurisprudencial italiana en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria, y en la búsqueda del nexo causal entre la conducta del

https://www.academia.edu/29811850/Ciencia_y_Arte_en_La_Metodologia_Cualitativa_Martinez_Miguel_PDF_file:///C:/Users/USER/Downloads/Ciencia_y_Arte_en_La_Metodologia_Cualitativa.pdf en julio de 2022.

³ ARIAS, F. (2012). *The Research Project. Introduction to Scientific methodology*. In *Journal of Chemical Information and Modeling*. 6^{ta} edición. Issue 9. Editorial EPISTEME, C.A. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/301894369_EL_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_6a_EDICION en septiembre de 2022.

⁴ GOLDENBERG, I. (1984). *The Causal Relationship in Civil Liability*. Astrea.

⁵ DE PIÉROLA, V; LUDEÑA, G.F.; BENAVIDES, A. (2022). Responsabilidad Civil del Estado Democrático. *Revista de Filosofía*. Universidad del Zulia. 39 (102).., pp. 229-238. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7042385> en noviembre de 2022., p. 320.

⁶ DENZIN, M. (2014). *Project Design in Qualitative Research*. EAFIT, Editorial Universidad.

⁷ SANCHEZ, F. D. M; CASTAÑEDA, E. L; LUDEÑA G, G. F. (2021). E-Learning Tutoring and Emotional States in Higher Education. *REVISTA GEINTEC-GESTAO INOVACAO E TECNOLOGIAS*, 11(3).., pp. 636-648. Recuperado de: <https://doi.org/10.47059/REVISTAGEINTEC.V11I3.1964> en octubre de 2022.

⁸ GÓMEZ, S. (2016). *Metodología de la Investigación*. Red Tercer Milenio.

⁹ TAMAYO, J. (1999). About Civil Liability. In *General Theory of Civil Liability: Contractual Liability*. 1^{era} edición. Editorial Temis.

imputado y el evento; el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de identificar las probabilidades y magnitudes exactas de un daño potencial.

Estudio de caso: Estado de la cuestión Nro. 1 en sentencia de casación:

Se trata de un caso en el que a una mujer que fue atendida de un parto a través de una operación, le sobrevino meses después una infección tetánica y falleció. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejan establecido que un correcto tratamiento habría tenido un 30% de probabilidad de éxito. A los médicos encargados se les atribuyó responsabilidad.¹⁰

En su recurso, la defensa de los médicos alega que es absurdo afirmar que en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, no podía tomarse en cuenta el restante 70% de posibilidades de muerte. Sin embargo, la oportunidad de probabilidad de vida era la prevalente. Este análisis no es viable en varios de los países latinoamericanos, pues no se tiene presente la causalidad probabilística en el sistema de responsabilidad civil. Al respecto, la prevención ordinaria y la oblicua como criterios de determinación respecto de la superposición de sociedades de riesgo y sociedades vulnerables, siendo que en la prevención ordinaria u horizontal se considera la probabilidad del daño *ex ante* para socializar los costos; mientras que en la oblicua se apunta sólo a una mitigación del daño.¹¹

En América Latina, existen divergentes criterios, respecto de los alcances de vulnerabilidad afín a la causalidad probabilística; se habla entonces de incertidumbre o fragilidad como riesgo. A fin de cuentas, cabe puntualmente precisar que nada es explícito acerca de la causalidad probabilística, la ley especial del ambiente ya lo contiene, pero aún no se encuentra normado a cabalidad.¹²

En Chile, la causalidad resulta un problema muy enrevesado y poco tratado en el Derecho Civil y se tiene hoy en día a una relectura de la causalidad en clave probabilística, considerándose a la causalidad contemporánea bajo el diseño en términos de probabilidad.¹³ En Perú, en el proyecto de la reforma del Código Civil peruano de 2019, respecto al Artículo 1985 solo se retira la palabra “adecuada” dejando a dilucidación y albedrío del magistrado considerar la causalidad como tal, la misma que podría ser directa, adecuada, probabilística

¹⁰ ROMÁN, Y; LOZANO, G; TITO, J; LUDEÑA, G. (2018). Gestión Pública y Liderazgo de la Mujer en la Toma de Decisiones. *Revista Venezolana de Gerencia* 23(84), pp. 987-1007. Recuperado de: https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85086245468&origin=inward&txGid=97d89b95baf83377881225af284f307&featureToggles=FEATURE_NEW_DOC_DETAILS_EXPORT:1 en julio de 2022.

¹¹ BAILO, G. L. (2017). *Profiling an Oblique Prevention of Tort Law for Vulnerability Hypotheses*. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/100387/Ponencia.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> en agosto de 2022.

¹² OSTERLIN, F; REBAZA, A. (2010). *Compensating the Probability: About the so-called loss of chance or loss of opportunity*. Recuperado de: [http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando la probabilidad.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf) en noviembre de 2022.

¹³ PREVOT, J. M. (2010). The Problem of Causation in The Law of Civil Liability. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15., pp. 143-178. Recuperado de: <https://doi.org/10.4067/S0718-80722010000200005> en septiembre de 2022.

o virtual.¹⁴ Ello siempre y cuando el magistrado sea especializado en la materia y pueda dilucidar cada una de las teorías para asignar la responsabilidad y consecuentemente la indemnización de manera correcta.

En términos generales y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando esté convencido de su realidad. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante.¹⁵ Debe considerarse:

La desviación del significado de la norma blinda al magistrado ante las desacertadas decisiones que toma; situación que induce las faltas. En este sentido, es preocupación de las sociedades coordinar marcos jurídicos que contemplen las fallas de los jueces, las responsabilidades que estas les acarrea; posibilidad de juicio y condena a los infractores. Exigencia que reivindica los derechos humanos como haber inviolable al estar sustentados en la dignidad que toda vida contiene; impide los privilegios que pueden provocar menoscabo de los derechos cuando quien juzga lo hace desde el interés personal y no social.¹⁶

Se tiene claro a partir de la conceptualización del daño y que para determinar su responsabilidad se debe adoptar la realidad de una causalidad probabilística. En tal sentido, no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta, pues solo se debe buscar determinar si la actividad médica incrementó las probabilidades de que un accidente se produzca. Con ello se busca internalizar aquellas externalidades que las actividades médicas potencialmente generan; por ende, se colige la existencia de la responsabilidad médica en el estudio de caso del estado de la cuestión N° 1.

En esa misma línea, múltiples estudios se perfilan bajo la doctrina y jurisprudencia de los juristas franceses. Viney expone que hay una tendencia de los tribunales a mostrarse indulgentes en la apreciación del nexo causal;¹⁷ menciona que, en su país, la jurisprudencia está dividida en dos corrientes que tienden por distintos medios a aligerar la carga de la prueba de la relación causal entre el hecho del responsable y el daño.

Algunos fallos recurren a la teoría de la causalidad virtual que autoriza inclusive a conceder una indemnización estimativa y a título de pérdida de Chance. Esto resulta una posición expectante de alternativa viable para confirmar que, por lo menos, resulta necesario la causalidad probabilística en la actualidad, a fin de cubrir las lagunas frente a cómo

¹⁴ TABOADA, L. (2001). *Elements of Civil Liability: Comments on the norms dedicated by the Civil Code to contractual and extra-contractual civil liability*. 1^{era} edición. GRIJLEY. Recuperado de: https://issuu.com/libreriasgrijley/docs/elementos_de_la_responsabilidad_ok en agosto de 2022.

¹⁵ DE ÁNGEL, R. (1995). *Some Forecasts About the Future of Civil Liability*. Civitas.

¹⁶ DE PIÉROLA, V.; LUDEÑA, G.; BENAVIDES, A. (2022). Responsabilidad Civil del Estado Democrático. *Revista de Filosofía*. Universidad del Zulia. 39 (102)., pp. 229-238. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7042385> en noviembre de 2022., p. 234.

¹⁷ VINEY, G. (2018). *Traité de Droit Civil - Les Obligations: La responsabilité: conditions* (L.G.D.J. P).

resolver situaciones dañosas producidas por mala *praxis* o por enfermedades aún no identificadas, centrando inclusive el factor de atribución preferentemente objetivo bajo la teoría de la "creación de un riesgo injustificado".

Estudio de caso: Estado de la cuestión Nro. 2: Fallo de la Corte de Apelación de Grenoble

El origen de esta teoría se remonta a un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble. Los hechos son: herida una persona en la muñeca, el médico practica las radiografías de la mano, no descubriendo ninguna fractura, por lo que dicha persona reanuda inmediatamente sus actividades normales. Sin embargo, meses después y al manejar circunstancialmente un objeto pesado, siente un fuerte dolor que deviene en consecuencias graves. El médico consultado descubre, al examinar las radiografías realizadas con motivo del primer accidente, que en ellas se aprecia una fractura sin desplazamiento. Sin embargo, exculpa a su colega médico, argumentando que el estado actual del paciente debe ser considerado no como la evolución normal de la herida y menos aún el resultado del error de diagnóstico y de falta de cuidados eventuales que de aquél resulta, sino más bien de un nuevo accidente producido sobre una muñeca debilitada por el primer accidente. Por el contrario, el accidentado sostiene que el error de diagnóstico le ha privado de los cuidados que normalmente son aplicados en tales casos y que, si tales cuidados le hubieran sido administrados, podría prevenirse padecer la invalidez.

El Tribunal de Grenoble concluye que el perjuicio directo causado al paciente está constituido por la pérdida de una chance de curación.¹⁸ La Corte de Casación consagra esta noción de la pérdida de la chance en la sentencia, teniendo en consideración la *dispraxis* en la prestación sanitaria de diagnóstico, estando como parámetros, omitir información sobre el verdadero estado del paciente, emitir un diagnóstico errado, omitir información sobre la existencia de riesgos detectados en la salud del paciente. En cualquiera de estos enfoques, la víctima se ve impedida de tomar decisiones para evitar un agravio a su salud, lo que lesiona el derecho de autodeterminación.

Entre los defensores de esta teoría, importantes juristas como Tunc, Boyer Chammard- Monzain y Durry, bajo el criterio que la teoría de responsabilidad civil probabilística, advierten que no interesa si se produce o no el daño de manera cierta.¹⁹ Esta línea de pensamiento jurídico genera algunos cuestionamientos tales como si en principio y para este caso, ¿Podría atribuirse responsabilidad al médico desde la óptica de la causalidad adecuada? La pérdida de oportunidad de curación, ¿Es una circunstancia normal? ¿Es una consecuencia predecible de daño? ¿Es una consecuencia de conducta como efecto de un determinado daño? En síntesis, el análisis teórico resulta complejo sugiriéndose internalizarse y desincentivar las externalidades de las actividades médicas potencialmente dañinas, buscando *contrario sensu* incentivar la profesionalización a partir de la teoría de

¹⁸ CAZEAUX, P. (2010). *Current Damage. Future Damage. Eventual or Hypothetical Damage. Loss of Chance*. In Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto M. Morello. Librería Editora Platense S.R.L.

¹⁹ BELTRÁN, J. A. (2004). Studies of the Causal Relationship in Civil Liability. *Law & Society*, 23., pp. 260–266. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16891> en julio de 2022.

la causalidad probabilística.²⁰ En todo caso, la validez de las acciones está condicionada a la capacidad de provocar el derecho a la vida sana como correlato de los demás derechos humanos.

Frente a esta consideración, el núcleo central de la jurisdicción consiste en la determinación del hecho alegado sometido a juicio, en un acto declarativo o cognitivo con el que los jueces determinan los hechos y su *nomen iuris*, aplicando las normas a los hechos. Por tanto, la garantía jurisdiccional se fundamenta en la prueba, en la verdad de los hechos que implica la controversia jurídica.²¹

La pérdida del chance tiende a determinar la privación del sujeto agraviado de pretender un beneficio o de evitar un menoscabo, presente o futuro. Así, se está ante una situación en la que se incurre en un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos. Por lo tanto, el sujeto agraviado por tal comportamiento antijurídico habría obtenido o no cierto beneficio o la no consecuencia de un daño a su integridad personal.

La pérdida de chance o pérdida de oportunidad de vida o de curación (circunstancia contenida como una mala *praxis* que genera responsabilidad médica), parte de la teoría de la causalidad probabilística. Solo busca determinar si la actividad médica incrementa las probabilidades de daño, es decir, evidenciar la existencia de elementos que permitan implicar la relación de una actividad médica y el incremento de probabilidades de daño como consecuencia de la actividad. Desde esa posición, la obligación del médico no es curar al enfermo, sino hacer lo posible por aliviar o eliminar su enfermedad; en todo caso, proporcionarle los cuidados que requiera según los avances de la ciencia. Es por ello que, el médico no se encuentra obligado a alcanzar un resultado enteramente positivo, pero sí debe actuar siempre conforme a la *lex artis*.

El valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida (pérdida de Chance), es en sí un daño proveniente de la causalidad probabilística en el cual se sustenta la Responsabilidad Civil Médica.²² Los requisitos causales al igual que todos los otros requisitos legales, finalmente deben justificarse en términos funcionales; siendo que, la generación de un menoscabo producido por el actuar del médico fuera de lo establecido por la *lex artis*, resultaría en un comportamiento antijurídico, el cual trae consigo la pérdida de chance sufrida por el paciente. A partir de la causalidad probabilística de responsabilidad civil del médico, Calabresi y Melamed²³ consideran dos teorías afines:

²⁰ ZANNONI, E. (2012). *Damage to Civil Liability*. 1^{era} edición. Astrea.

²¹ ARROYO, L.T. (2022). Un Acercamiento a la Jurisdicción Constitucional como Principio Legitimador de la Democracia Sustancial. *ENCUENTROS Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. N° 15., pp. 384-410. Recuperado de: DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.5980127> en noviembre de 2022., p. 386.

²² RODRÍGUEZ, M. (2016). *Concept and Scope of Objective Responsibility*. Universidad de los Andes.

²³ CALABRESI, G; MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6). Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/1340059> en junio de

- a. La Causalidad Virtual, que aparece en la jurisprudencia de la casación Francesa. La teoría de la causalidad virtual (causalité virtuelle), ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica. Según sus lineamientos se hace responsable al médico de la pérdida de chance por parte del paciente.²⁴ En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones); se aplica si se constata que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobrevivir o de curarse. En estas circunstancias el valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida resulta ser en buena cuenta, una aproximación al sistema de causalidad probabilística por que, el propio concepto de daño ha cambiado.

Cronológicamente se aprecia la conceptualización de los juristas franceses al respecto de la causalidad virtual. No se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente.²⁵ Esta posición jurídica es cuestionable porque tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización. Yzquierdo sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra que en la pérdida de posibilidades de curación, no constando la relación causal entre la intervención médica y el daño efectivamente producido, pero sí evidenciando que esa situación disminuye las posibilidades de curación.²⁶

- b. La Creación Injustificada de un Riesgo, como otra elaboración jurisprudencial Francesa, es conocida como la “Creación injustificada de un riesgo”. Uno de los procedimientos para aligerar la prueba de la causalidad, es la apreciación de las consecuencias en una situación de peligro.²⁷

La mayoría de estos casos es prácticamente imposible afirmar con total certidumbre que sin el hecho culposo el daño no se hubiera producido.²⁸ Solamente se puede constatar que ese hecho tiene menos probabilidades en relación al chance de producirse. A pesar de esta incertidumbre sobre la existencia de la relación causal, los tribunales admiten, entonces, muy frecuentemente, la responsabilidad, apoyándose en la noción de *probabilidad o de previsibilidad objetiva*, para suplir la prueba categórica y compleja del lazo de causalidad.

Estableciendo una cronología de la conceptualización de los juristas franceses al respecto de la creación injustificada de un riesgo Fraga menciona que existe una orientación jurisprudencial que, superando la doctrina de la pérdida de una probabilidad,²⁹ llega más lejos en la libre valoración del nexo causal y consiguiente inversión de la carga probatoria del paciente. El médico responde del daño sufrido por el paciente en el curso del tratamiento cuando el daño ha ido precedido de la *création d'un risque injustifié* por el facultativo.

2022.

²⁴ ORTIZ, D. (2007). *Civil Liability and Doctor's Fault*. Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁵ FRAGA, J. (2018). *Problematic Aspects of the Contractual Responsibility of the Doctor*. Editorial Esparza.

²⁶ YZQUIERDO, M. (1989). *The Civil Liability of the Liberal Professional*. Ed. Reus.

²⁷ VINEY, G. (2018). *Traité de Droit Civil - Les Obligations: La responsabilité: conditions* (L.G.D.J. P).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ FRAGA, J. (2018). *Problematic Aspects of the Contractual Responsibility of the Doctor*. Editorial Esparza.

Bueres considera responsable al médico cuando el daño es precedido de la creación de un riesgo injustificado de la creación culposa de un estado de peligro.³⁰

De ambas posiciones resulta interesante el aporte hacia la causalidad probabilística, que, dicho sea de paso, en el *common law* goza de prestancia la máxima *more probable than not*, en cuya virtud, basta contar con una probabilidad superior al 50% para concluir que la causa imputable al demandado es plausible de producir el resultado dañoso.³¹ La jurisprudencia italiana e inglesa siguen también, con frecuencia, esta orientación probabilística, aunque con distintos criterios en los casos donde no se supera el umbral de certeza necesaria para el progreso total de la acción (por ejemplo, 50%, 75%, 90%, etc.). Esto es, para un sector, en aquellos supuestos en que el umbral de certeza es inferior al estipulado (por ejemplo, 49%, 74%, 89%, etc.), corresponde rechazar el reclamo indemnizatorio; mientras que para otros, corresponde acoger parcialmente la pretensión y resarcir el daño, en proporción a la incidencia causal que la conducta, situación o estado del encartado tuvo en la producción del evento, tomando como límite porcentual un piso del 5% o 10%.

Estudio de caso: Estado de la cuestión Nro. 3: El caso de un niño probeta

Una mujer (fértil) en busca de obtener un hijo bajo control recurre a un especialista médico de una clínica muy prestigiosa para solicitar una *fecundación in vitro*. Se escoge el semen más apropiado con las características muy peculiares que ella solicita; con lo cual, el especialista médico logra la fecundación y la anidación del embrión en el útero con el subsiguiente nacimiento de un niño.³²

Se trata del nacimiento de un niño a través de la fecundación in vitro por un especialista médico de una prestigiosa clínica. El niño se desarrolla normalmente y adquiere la mayoría de edad.³³ Ya como adulto (22 años) comienza a presentar cuadros muy complicados de enfermedad renal que tiene origen congénito, lo cual acarrea muchos años de padecimiento.³⁴ Como consecuencia, el paciente fallece. Habiéndose practicado los análisis pertinentes los médicos concluyen que se trata de una enfermedad congénita e irreversible que muy probablemente se presentaría a lo largo de la vida.

La fecundación in vitro supone la procreación tras realizar técnicas de laboratorio;³⁵ es el científico quien actúa y controla el proceso procreativo. La fecundación in vitro impacta sobre la distinción entre lo natural y lo artificial que divide al mundo en dos esferas: Las acciones que pertenece a la naturaleza y la de los productos del hombre. El embrión in vitro

³⁰ BUERES, A. (2016). *Civil Liability of Doctors*. Edición Hammurabi.

³¹ BUSTAMANTE, J. (2018). *General Theory of Civil Liability*. Abeledo-Perrot. Recuperado de: http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=25324 en julio de 2022.

³² FRAGA, J. (2018). *Problematic Aspects of the Contractual Responsibility of the Doctor*. Editorial Esparza.

³³ GALLARDO, M. J. (2015). Probabilistic Causality, Causal Uncertainty, and Health Liability: The Loss of Opportunity Doctrine. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45(46), pp. 35-66. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5444228.pdf> en agosto de 2022.

³⁴ ORGAZ, A. (2007). *Compensable Damage*. 1^{era} edición. Depalma.

³⁵ GONZALES, G. (2017). *La Consideración Jurídica del Embrión in Vitro*. Fondo Editorial PUCP. Recuperado de: https://www.elvirrey.com/libro/la-consideracion-juridica-del-embrión-in-vitro_1923 en noviembre de 2022.

es una vida humana que debe protegerse como bien jurídico tutelado en atención a su especial estado de indefensión, cuidando su implantación y posterior desarrollo; pues, se concibe el derecho a la vida como habilidad jurídica que precede el nacimiento.³⁶

En este caso, la madre posee antecedentes de enfermedad renal, de lo que cabe la probabilidad de se trate de un padecimiento heredado del "Padre escogido". La madre demanda por pérdida de chance (pérdida de oportunidad de vida), al médico quien le procuró la fecundación in vitro y la implantación del concepto previo a la escogencia de gametos sexuales a su elección.

Se aclara que el especialista médico que logra la fecundación in vitro escoge de un banco de semen –a su libre elección– el que considera apropiado, conforme a la solicitud. Bajo el estudio de caso en cuestión, surgen interrogantes a absolverse por los propios fundamentos de la presente investigación. ¿Aquel médico especialista es pasible de responsabilidad? Al respecto se defienden posiciones en la actualidad de darle justa razón por la pérdida de oportunidad de vida con directa sindicación de responsabilidad civil al médico especialista.

¿Los hijos de aquel adulto víctima de este daño, podrían demandar indemnización por responsabilidad civil extracontractual del médico? Se advierte un valor económico de la probabilidad de vida que genera un costo el cual debe trasladarse al agente en procura de internalizar las externalidades. En este caso, el daño recién se va a producir y luego de un período de tiempo por lo que la única manera de lograr una internalización es cambiando "la idea del daño" por "la idea de causalidad", como tal, en lugar de tener un sistema de responsabilidad que entra en operación *ex post* al daño se debe recurrir a un análisis *ex ante* del daño. Por consiguiente, aplicando la teoría de la causalidad probabilística a los hijos de aquel adulto dañado, les correspondería ser indemnizados; se adquiriera o no la enfermedad congénita. Inclusive, la *wrongful life* es viable y procedente para ejercitar una acción del niño contra el médico en reclamación de los daños que le suponen el hecho de haber nacido en tales condiciones.³⁷

Derecho a la salud como sustento del bienestar

La existencia de la chance debe ser cierta –comprobable por el juez al momento de expedir sentencia– a efectos de que resulte susceptible de ser indemnizada.³⁸ A diferencia del lucro cesante que busca indemnizar las ganancias futuras dejadas de percibir a causa del evento dañoso, la pérdida de la chance va más allá de la búsqueda del resarcimiento a la potencial víctima frente a la destrucción de la chance misma, entendida como elemento del

³⁶ PACHECO, J. A. B. (2004). Studies of the Causal Relationship in Civil Liability. *Law & Society*, 23., pp. 260–266. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891> en octubre de 2022.

³⁷ LEÓN, L. (2007). *Civil Liability Treaty*. Fondo Editorial PUCP.

³⁸ OSTERLING, F; REBAZA, A. (2010). *Compensating the Probability: About the so-called loss of chance or loss of opportunity*. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando la probabilidad.pdf> en noviembre de 2022.

patrimonio.³⁹ El magistrado no podrá evaluar los beneficios que se habrían obtenido de no haberse realizado el evento dañoso, sino que tendrá que asignar un valor a la oportunidad frustrada que tenía el agraviado de haber percibido ganancias o evitado perjuicios.

Situación que considera supeditar las acciones médicas al derecho a la salud como correlato concomitante a la vida en condiciones dignas. En tal sentido, la medicina y la jurisprudencia trata sobre una amplia serie de prácticas que buscan el bienestar individual y colectivo al evidenciar el derecho a la vida como entidad donde se sustentan los otros derechos humanos.

En tal sentido, Calabresi & Melamed⁴⁰ determinan con precisión las funciones desarrolladas por el sistema de responsabilidad, en el contexto de propósito resarcitorio desde la causalidad probabilística. Conforme lo contextualiza Lorenzetti,⁴¹ desde la responsabilidad sanitaria en relación a la doctrina de la pérdida de oportunidad; todo con el propósito de minimizar los costos de los daños generados, así como determinar el daño y establecer cuál es su naturaleza y si éste requiere o no una relación de causalidad probabilística entre la actuación u omisión del profesional médico y el daño producido así como también determinar su posible cuantificación. Todo ello de manera explícita implica:

- a. Reducir el número y gravedad de la mala praxis (deterrence) con la finalidad de cuidar el derecho a la vida individual y colectiva. Desarticular aquellas actividades potencialmente dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que genera. Calabresi y Melamed lo llama “Costos Primarios.”⁴² La idea es que no todo accidente debe ser evitado pues ciertas actividades generan beneficios deseables que superan el costo social que dichas actividades imponen a los demás. En cierta manera, las pérdidas de vidas humanas, integridad física y daños patrimoniales son el precio que la sociedad tiene que pagar para gozar de los beneficios que estas actividades generan.
- b. Compensar a las víctimas, que socialmente tiene sentido si aquel llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño. Esto se logra a través de:

³⁹ MAYS, N; POPE, C. (2000). Qualitative Research in Health Care: Assessing quality in qualitative research. *BMJ : British Medical Journal*, 320(7226), 52. Recuperado de: <https://doi.org/10.1136/BMJ.320.7226.50> en septiembre de 2022.

⁴⁰ CALABRESI, G; MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6). Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/1340059> en junio de 2022.

⁴¹ LORENZETTI, R. L. (2008). New Approaches to Professional Responsibility. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 5., pp. 391–415. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2751367> en septiembre de 2022.

⁴² CALABRESI, G; MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6). Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/1340059> en junio de 2022.

b.1. La difusión social del costo del daño (responde por el daño aquel que está en mejor situación para trasladar el costo al resto de la sociedad), en tanto que, a través de la Ley Económica de los rendimientos decrecientes se busca impartir justicia social a través de resarcir los daños causados.

b.2- Buscar aquella parte cuya solvencia económica permita soportar el daño con menor sacrificio (que pague el que más tiene). Esta teoría es conocida en el sistema norteamericano como la del Deep Pocket, del bolsillo profundo o costes secundarios.

b.3- La reducción de costos administrativos del propio sistema de responsabilidad civil. Calabresi y Melamed lo identifican como reducción de los costos terciarios.

En el mismo sentido Vásquez afirma que muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que, de hecho, se frustre la indemnización.⁴³ Adviértase que, en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto que, tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa que permita juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Cabe, en todo caso, hacer una atinencia respecto de la Causalidad adecuada en circunstancias normales, la cual significa el hecho que normalmente causaría el tipo de daño que se analiza y que conduce a consecuencias predecibles, consecuencias de conductas como efectos de un determinado daño.

Es más, los sistemas de causalidad adecuada tienen un efecto lotería, es decir, no todas las personas que desarrollan una conducta que potencialmente puede causar daño asumen el costo del riesgo que está generando, como tal, no todas las actividades médicas ocasionan accidentes. En todo caso, lo que el sistema hace es vigilar los daños potenciales que se pudo generar con la probabilidad.⁴⁴

Si bien la idea de la causalidad adecuada va dirigida a identificar dónde deben internalizarse los costos externos que originan una actividad potencialmente generadora de daños, este sistema funciona como una lotería. No todos los que desarrollan una actividad que incrementa las posibilidades que se dé un determinado accidente responden por el daño. Existen situaciones donde se perciben como los conceptos causales tradicionales comienzan a desestabilizarse en situaciones que hacen difícil que el sistema causal, concebido a partir de este su concepto tradicional, pueda ayudar a resolver el problema.

Por ejemplo, El DS, medicamento anti abortivo consumido décadas atrás, generaba efectos a las descendientes de aquellas mujeres quienes habían utilizado y consumido dicho medicamento. Sin embargo, por la propia situación peculiar generada, resultaba muy complicado y hasta imposible identificar al causante del daño. Se sabía que era el DS, se

⁴³ VÁSQUEZ, F. (2015). *The Civil Liability of the Doctor*. Editorial Espaza.

⁴⁴ BULLARD, A. (2018). *Economic Analysis Studies of Law*. Palestra. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y> en octubre de 2022.

sabía que habían consumido los productos de uno de los doce laboratorios fabricantes, pero no se podía determinar de cuál. Finalmente se determinó que, en el fondo existía la probabilidad del daño (haciéndose responsables a los laboratorios) a partir de un concepto causal distinto, que no va tanto a la problemática de quien causó o no el daño, sino, a la problemática de la probabilidad que haya causado el daño (concepto de daño ya ocurrido). De ahí que cabría elucubrar: ¿Qué importa la determinación de la probabilidad?; hay ciertos daños cuya ocurrencia se da mucho después del hecho producido y con efectos colaterales consanguíneos, por ejemplo, el daño a la salud por contaminación, entre otros.

En la doctrina de la pérdida de la chance la actividad probatoria se rige por el “principio de la facilidad probatoria”, según el cual, las exigencias el *onus probandi* con relación a la víctima o perjudicado se atenúan. solo debe probar aquellos hechos que como nexo de probabilidad le permita conectar el hecho acontecido con la presunción de incumplimiento de la *lex artis*.

Siendo que, la significancia doctrinaria de la pérdida de la chance resulta ser un mecanismo de facilitación probatoria. En tal sentido, la problemática de la probabilidad de vida ¿Puede advertirse a partir del concepto de causalidad adecuada? ¿El concepto de causalidad adecuada exige la prueba de causalidad? ¿A quién debiera corresponder en todo caso? Ineludiblemente estas preguntas producen respuestas complicadas, pero que repercuten directamente en la víctima y ciertamente ocurre que, si la víctima no puede probar la causalidad, el efecto del desincentivo se diluirá. Precisamente en la responsabilidad civil médica se presentan múltiples casos en los cuales van a ser sumamente difíciles demostrar cuáles fueron las causas del daño.

En estas deben ajustarse los procedimientos jurídicos para identificar las responsabilidades, siempre que contener los descuidos significa procurar manifestar el derecho a la salud y la vida como correlato del bienestar social. Pues, taxativamente no hay posibilidad de coordinar coexistencias justas cuando se permiten y descuidan los daños al bien común.

De ahí, se señale que la causalidad se complica por una secuencia compleja de muchas causas, resultan ser "n" vínculos causales. Por decir, el transcurso del tiempo, que diluye la posibilidad de prueba, porque conforme pasa el tiempo las pruebas desaparecen; lo que por ende complica el nexo causal, complica la posibilidad de prueba, ya que con el tiempo van desapareciendo los aspectos fácticos, pues los hospitales, las clínicas se fusionan, se liquidan, se transfieren. Lo cual hace engorroso sancionar al potencial dañador, de lo que se colige que la causalidad adecuada sería ineficaz para resolver el problema. Esto ha llevado a desarrollar Teorías que tienden a corregir este tipo de problemas y brindar soluciones; entre estas estrategias destaca la causalidad probabilística.

Actualmente, existe una tendencia considerable a afirmar cuándo es imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad,⁴⁵ el juez puede contentarse

⁴⁵ BARNETT-PAGE, E; THOMAS, J. (2009). *Methods for the Synthesis of Qualitative Research: A critical*
Revista de Filosofía publica bajo licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

con la probabilidad de su existencia. Se advierte que la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico o tecnológico.⁴⁶ Asimismo, la sociedad moderna crea una serie de riesgos donde la desincentivación de actividades dañinas no puede ser lograda a través de la idea tradicional de causalidad adecuada.

Si para conseguir el comportamiento eficiente de los distintos agentes sociales deben internalizarse las externalidades, la idea de causalidad adecuada resulta insuficiente. El sistema de causalidad probabilística elimina la lotería del lado del causante del daño y inclina la balanza del lado de las potenciales víctimas. Acciones que implica que las sociedades no están a las expensas de la causalidad adecuada sino que liberándonos de las especulaciones se logra a través de la probabilidad alcanzar el fundamento suficiente para lograr que el justiciable alcance un resarcimiento.⁴⁷ Entonces, el protección de la población se relaciona con la existencia de marcos jurídicos acordes con las correctas prácticas médicas a favor del cuidado de la salud de la población como suceso que permite la vida en condiciones dignas.

Es de advertirse un tiempo considerable entre la actividad causante del daño y su manifestación. En este caso como consecuencia del transcurso del tiempo surgen tres problemas que complican la posibilidad de una efectiva internalización de externalidades.⁴⁸

- c. El correr del tiempo complica las relaciones de causalidad (puede suponerse que aquella víctima abusó de sustancias que pudieron repercutir en el daño de sus órganos internos).
- d. La existencia de un largo período entre la realización de la actividad médica que causó el daño y la manifestación de este último hace dificultoso el abundamiento y precisión en pruebas (puede ser que los archivos ya hayan desaparecido o sea imposible ubicarlos como consecuencia de una catástrofe, del retiro o cese de aquel médico, etc.).
- e. Este tipo de riesgos –por los antecedentes– se vincula además a la responsabilidad de las clínicas, pero estas como en muchos casos pueden haber desaparecido, haberse fusionado con otras, entre otros.

review. *BMC Medical Research Methodology*, 9(1), pp. 1–11. Recuperado de: <https://doi.org/10.1186/1471-2288-9-59> en octubre de 2022.

⁴⁶ ROMERO, C. (2015). *Perspectives on Criminal Liability and Civil Liability*. Editorial Bs As.

⁴⁷ BULLARD, A. (2018). *Economic Analysis Studies of Law*. Palestra. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y> en octubre de 2022.

⁴⁸ COOTER, R; ULEN, T. (2015). *Law and Economic*. 7^{ma} edición. Addison-Wesley. Recuperado de: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW359/Βάσεις - Θεμελιώδεις έννοιες/%5BR.Cooter%2C T. Ulen%5D Law and Economics %286th edition%29.pdf> en octubre de 2022.

Para no agotarse la idea de justicia es menester realizar mejoras formativas continuas a magistrados y abogados para que tomen conciencia que las decisiones legales generan y alivian una serie de costos en favor del justiciable en nuestra sociedad. La indemnización por pérdida de chance intenta reparar el daño que se produce cuando del acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial.⁴⁹ Para ello se hace necesario la intervención de otros elementos que son inciertos para que la ventaja o ganancia frustrada hubiere sido efectivamente posible. Definitivamente este concepto –por su naturaleza–precisa de manera general un tipo de indemnización de daños patrimoniales que constituye tema aparte del presente análisis, aunque es cierta su relación vinculante.

El principio *favor victimae* o *pro damnato* es consustancial de la responsabilidad civil, centrado en facilitar la situación de las víctimas de los daños injustos para que ellas puedan lograr de manera expedita y sencilla la reparación que en derecho les corresponde.⁵⁰ El instituto de la Responsabilidad Civil como campo del derecho privado se encuentra en constante transformación.⁵¹ Desde la perspectiva del análisis económico del derecho y el teorema de Coase le ha proporcionado una perspectiva dotada de un importante carácter instrumental, incluso para quienes desde el punto de vista ideológico no consideran al sistema liberal como el mejor, constituyendo creaciones intelectuales que ayudan a entender que las decisiones legales generan costos y beneficios en la sociedad.

La sociedad moderna ha creado una serie de riesgos donde la desincentivación de actividades dañinas no puede ser lograda a través de la idea tradicional de causalidad adecuada. Los esfuerzos si bien van dirigidos a identificar dónde deben internalizarse los costos externos que originan una actividad potencialmente generadora de daños, tiene efectos lotería; porque no todos quienes desarrollan una actividad que incrementa las posibilidades que se dé un determinado accidente responden por el daño generado. Se subraya que el cuidado de la sociedad democrática obliga a identificar y penar las falta; siempre que el bienestar colectivo como vigencia de los derechos humanos no puede ser vulnerado a causa de las ambiciones y egoísmos privados. Es decir, las sociedades responsables de sí son capaces de coordinar acciones jurídicas en beneficio del conjunto sobre los intereses individuales.

Frente a la aparición constante de nuevos tipos de daños, la difícil prueba de la relación causal conlleva a que se frustre la indemnización pretendida. Más aún cuando América Latina no cuenta con un sistema judicial innovador de responsabilidad civil, desde una clara concepción de la causalidad probabilística y virtual como sí lo tienen Alemania, Francia e Italia. Es más, en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la

⁴⁹ DE TRASEGNIES, F. (2014). *Extra-Contractual Civil Liability*. Fondo Editorial PUCP. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41244> en agosto de 2022.

⁵⁰ DE CUPIS, A. (1975). *The Damage. General theory of civil liability*. Bosch.

⁵¹ ACOSTA-MADIEDO, C. D. (2010). Medical Liability: Elements, nature and burden of proof. *Private Law Journal*, 43., pp. 3–26. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf> en octubre de 2022.

causalidad adecuada acorde a derecho porque de cara a nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa para juzgar.

El sistema de causalidad probabilística se justifica prevalentemente en que muchas veces resulta muy costoso y hasta imposible identificar las probabilidades y magnitudes exactas del daño potencial; además, no existe una adecuada compensación a las víctimas. La teoría de la causalidad probabilística pretende aportar elementos que permitan realizar un análisis *ex ante* al daño para determinar la responsabilidad, ya que un análisis *ex post* no puede identificar la causa específica de un daño determinado que aún no se ha producido en una víctima concreta y que tal vez podría no suceder.

La problemática de la probabilidad de vida ineludiblemente acarrea respuestas complicadas que repercuten directamente en la víctima. Precisamente, en la responsabilidad civil médica se presentan múltiples casos sumamente difíciles demostrar cuáles son las causas del daño. De ahí, que la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja.

Las lesiones provenientes de atenciones médicas son muy preocupantes, debido a que muchos de los pacientes padecen lesiones permanentes; lo cual les causa un grave perjuicio, además de grandes costos económicos, físicos y sobre todo emocionales.⁵² Es por ello, que el ordenamiento jurídico, frente a estos escenarios, tiene un papel importante en los casos de negligencia médica y la indemnización a los pacientes víctimas de estos actos. Así, la decisión de indemnización al paciente por negligencia médica, debe ser equiparable con el daño sufrido, considerándose tanto la reparación por daños patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales, siendo este último el daño moral. Así como el de pérdida de chance y lucro cesante referido a los daños que dan lugar a la pérdida de utilidad que el dinero no es capaz de compensar.

La indemnización por pérdida de chance intenta reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial. El daño probabilístico como tal es atribuible al daño en sí como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad.⁵³ En materia de indemnización extra-patrimonial, el daño moral puede provocar una compensación justa en procura de desincentivar estas lesivas actividades médicas de frustración del proyecto de vida; eventualidad que causa sufrimiento tanto a la víctima directa como a sus familiares.

Cualquiera sea la indemnización que se otorgue, deberá corresponder a la chance frustrada y no al de las ganancias dejadas de percibir.⁵⁴ El juez debe asignar un valor a la

⁵² GARCÍA, J. C. (2015). Medical Civil Liability in Peru. Basics. *Law and Social Change*, 12(42), pp. 1–59. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456406.pdf> en octubre de 2022.

⁵³ BULLARD, A. (2018). *Economic Analysis Studies of Law*. Palestra. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y> en octubre de 2022.

⁵⁴ OSTERLING, F; REBAZA, A. (2010). *Compensating the Probability: About the so-called loss of chance or loss of opportunity*. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando la>

chance perdida siguiendo un criterio equitativo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil peruano de 1984. Este monto debe ser inferior al de los beneficios a que se refería la chance pérdida. Para estos efectos, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el carácter aleatorio de la chance, el factor de atribución del daño, las posibles variaciones del valor de la chance desde su afectación hasta el momento de la expedición de la sentencia; el grado de probabilidad de adquirir las ganancias o de evitar la pérdida, así como los supuestos de concurrencia de culpas.

La vigencia del derecho a la vida implica enfrentar situaciones complejas que repercuten directamente sobre la víctima. Precisamente en la responsabilidad civil médica se presentan múltiples casos en los cuales resulta difícil demostrar las causas del daño. De ahí que, la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es dificultosa.⁵⁵

Respecto a la significación y aplicación de la causalidad probabilística, la magnitud del daño por la probabilidad del daño implica una indemnización.⁵⁶ Esta fórmula advierte dos precisiones: 1) En la teoría de la causalidad probabilística no solo cambia el concepto de causalidad, sino que se modifica el concepto del daño, incrementando las probabilidades de indemnizar dado que, ya no tiene que existir un daño probado sino solo el incremento de probabilidades del daño. 2) Como alternativa se presenta el sistema de seguro obligatorio basado en el sistema de causalidad probabilística, cuya Prima puede ser calculada de la siguiente forma: Probabilidad de riesgo por magnitud del daño que da como resultado una Prima.⁵⁷

De esta manera, el seguro que se aplique, cobraría en función a la probabilidad y pagaría en función a la magnitud del daño. Bajo ese contexto, el sistema de causalidad probabilística advierte una explicación de la lógica del seguro en términos de prevención que alternativamente puede variarse a través de impuestos, o redistribuirse mediante la asignación de labores afines en procura de compensar el daño causado.⁵⁸

Consideraciones finales

[probabilidad.pdf](#) en noviembre de 2022.

⁵⁵ FERNÁNDEZ, G; LEÓN, L (2005) La Reedificación Conceptual de la Responsabilidad Extracontractual Objetiva. Recuperado de: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaReedificacionConceptualDeLaResponsabilidadExtrac-7116376.pdf> en septiembre de 2022.

⁵⁶ CALABRESI, G; MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6). Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/1340059> en junio de 2022.

⁵⁷ ALPA, G. (2001). *Civil Liability and Damage*. 1^{era} edición. Gaceta Jurídica.

⁵⁸ CASTAÑEDA, NG, LIZA, J.L, PÉREZ, C, LUDEÑA, GF, DE PIÉROLA, V. (2021) *Externalidades Negativas y Derecho a Indemnización por Responsabilidad Civil*. *Análisis Global y Estocástico*, 8(2), pp.265-276. Recuperado de: https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85125782772&origin=inward&txGid=db746ofaa51b511e35da87f18d819278&featureToggles=FEATURE_NEW_DOC_DETAILS_EXPORT:1 en agosto de 2022.

La difícil prueba de la relación causal conlleva a que se frustré la indemnización pretendida, máxime frente a la aparición de nuevos tipos de daños, entre ellos la COVID-19. América Latina carece de un sistema judicial innovador que permita identificar la casualidad probabilística en la responsabilidad civil, como sí lo tienen Alemania, Francia e Italia.

El correr del tiempo complica las relaciones de causalidad. Como tal, la causalidad probabilística se justifica porque habitualmente resulta muy costoso y hasta imposible identificar las probabilidades y magnitudes exactas del daño potencial; además, no existe una adecuada compensación a las víctimas. Se subraya, la pérdida de oportunidad o pérdida de la chance, contribuye a disminuir los vacíos indemnizatorios en aquellos supuestos de hecho donde no existe certeza del resultado final.

En el supuesto que se haya generado una oportunidad frustrada del agraviado y este llegara a calificar el daño infringido como lucro cesante o cualquier otro concepto indemnizatorio que no le corresponde al momento de formular su demanda, el órgano jurisdiccional está en la obligación de aplicar el concepto indemnizatorio correcto. Situación que debe considerar la pérdida de la chance, en aplicación del principio *iura novit curia*.

En un sistema que permite internalizar las externalidades, la responsabilidad civil cumple papel preponderante desde la difusión social del costo del daño. Es el análisis económico del derecho quien tiene mayores bondades desde el teorema de Coase entre las mejores perspectivas ideológicas instrumentales; siendo un sistema de justicia liberal, frente al sistema tradicionalista decimonónico. Se precisa:

La democracia, debe tender a superar su postura de aditamento de la estructura y ganar espacio más allá de los diversos gobiernos que expresen justamente esa democracia. Lo fundamental será convertirse en estructura y esto significa constitucionalizar las medidas impulsadas, los cambios logrados. De lo contrario, ante el menor accidente todas las medidas que se puedan llevar adelante serán eliminadas fácilmente. Los sistemas jurídicos y los sistemas redistributivos deben ser las ideas reguladoras de ese “Constitucionalizar”.⁵⁹

Frente al hecho que la democracia como sistema de gobierno que condesciende la convivencia justa, se sustentan en la vigencia de los derechos humanos. Al considerar a estos como reconocimientos susceptibles de perderse cuando se desatienden el carácter de las relaciones humanas. Es intención de la acertada jurisprudencia normar sociedades que se protegen a sí de las intenciones egoístas individuales. Destaca:

Sin duda que la democracia es también una regla, un método racional y satisfactorio para definir en una comunidad, una nación y/o un Estado,

⁵⁹ LAGOMARSINO, M; OSSES, E; VÉLIZ, A. (2022). Prospectiva de la Democracia. *Los Nuevos Desafíos Materiales de la Democracia en el Siglo XXI. Lo que Viene. Revista de Filosofía*. Universidad del Zulia. 39 (100)., pp. 13-27. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.5979693> en noviembre de 2022., p. 21.

quien gobierna y quien es oposición. Es una gran manera para dirimir esta fundamental situación. A sí las cosas, este procedimiento, en teoría, evita cualquier tipo de uso de violencia y otros métodos reñidos con la civilidad y el respeto de los derechos humanos de todas y todos los que componen una población.⁶⁰

En esta situación, la salud como estado que favorece el bienestar colectivo al manifestar el derecho a la vida, es cuidado a través de la acertada jurisprudencia. Por tanto, se vigilan y controlan las acciones médicas, al concebir que la salud colectiva depende de las mejores acciones médicas. En este sentido, las sociedades democráticas admiten habitabilidad en la medida que se realizan acciones jurídicas y médicas que permiten la vida sana como derecho que a su vez involucra los otros derechos. Pues, significa un contrasentido concebir sociedades habitables cuando se descuida la salud como relato que acompaña al bienestar. Así:

Se debe observar, por un lado, que la jurisdicción constitucional es orgánica en cuanto genera instituciones y procedimientos preestablecidos para controlar la constitucionalidad de las normas infra constitucionales y de las instituciones e instrumentos legales para resolver los conflictos de competencias entre los diferentes Agencias del Estado. Por otro lado, la jurisdicción constitucional de la libertad o protectora de los derechos fundamentales o de los derechos humanos, es la que establece las instituciones procesales que protegen los derechos a las acciones u omisiones ilícitas que amenacen, perturben o priven del ejercicio legítimo de los derechos antes mencionados.⁶¹

En consecuencia, debido al carácter cambiante de las sociedades, las múltiples amenazas y circunstancias que las colectividades enfrentan, deben derogarse los estrictos marcos jurídicos que anquilosan las acciones y procedimientos. Seguidamente, conviene a las relaciones democráticas provocar las aperturas legales que consienten normar para que las colectividades estén capacitadas para enfrentar los embates que las diversas circunstancias presentan. Toda vez, los esfuerzos se orientan a manifestar los derechos humanos como fortaleza colectiva con la posibilidad de articular sociedades habitables por ser equitativas.

Referencias bibliográficas

ACOSTA-MADIEDO, C. D. (2010). Medical Liability: Elements, nature and burden of proof. *Private*

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 14.

⁶¹ ARROYO, L.T. (2022). Un Acercamiento a la Jurisdicción Constitucional como Principio Legitimador de la Democracia Sustancial. *ENCUENTROS Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. N° 15., pp. 384-410. Recuperado de: DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.5980127> en noviembre de 2022., p. 399.

- Law Journal*, 43., pp. 3–26. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf> en octubre de 2022.
- AGÓN, J. G. (2017). *Consentimiento Informado y Responsabilidad Médica*. Wolters Kluwer. Recuperado de: <https://tienda.wolterskluwer.es/p/consentimiento-informado-y-responsabilidad-medica> en septiembre de 2022.
- ALPA, G. (2001). *Civil Liability and Damage*. 1^{era} edición. Gaceta Jurídica.
- ARIAS, F. (2012). *The Research Project. Introduction to Scientific methodology*. In *Journal of Chemical Information and Modeling*. 6^{ta} edición. Issue 9. Editorial EPISTEME, C.A. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/301894369_EL_PROYECTO_DE_INVESTIGACION_6a_EDICION en septiembre de 2022.
- ARROYO, L.T. (2022). Un Acercamiento a la Jurisdicción Constitucional como Principio Legitimador de la Democracia Sustancial. *ENCUENTROS Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*. Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. N° 15., pp. 384-410. Recuperado de: DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.5980127> en noviembre de 2022.
- BAILO, G. L. (2017). *Profiling an Oblique Prevention of Tort Law for Vulnerability Hypotheses*. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/100387/Ponencia.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> en agosto de 2022.
- BARNETT-PAGE, E; THOMAS, J. (2009). Methods for the Synthesis of Qualitative Research: A critical review. *BMC Medical Research Methodology*, 9(1), pp. 1–11. Recuperado de: <https://doi.org/10.1186/1471-2288-9-59> en octubre de 2022.
- BELTRÁN, J. A. (2004). Studies of the Causal Relationship in Civil Liability. *Law & Society*, 23., pp. 260–266. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16891> en julio de 2022.
- BUERES, A. (2016). *Civil Liability of Doctors*. Edición Hammurabi.
- BULLARD, A. (2018). *Economic Analysis Studies of Law*. Palestra. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sellos.pdf?sequence=6&isAllowed=y> en octubre de 2022.
- BUSTAMANTE, J. (2018). *General Theory of Civil Liability*. Abeledo-Perrot. Recuperado de: http://bibliotecas.ucasal.edu.ar/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=25324 en julio de 2022.
- CALABRESI, G; MELAMED, A. D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6). Recuperado de: <https://doi.org/10.2307/1340059> en junio de 2022.
- CASTAÑEDA, NG, LIZA, J.L, PÉREZ, C, LUDEÑA, GF, DE PIÉROLA, V. (2021) *Externalidades Negativas y Derecho a Indemnización por Responsabilidad Civil*. Análisis Global y Estocástico, 8(2), pp.265-276. Recuperado de: https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85125782772&origin=inward&txGid=db7460faa51b511e35da87f18d819278&featureToggles=FEATURE_NEW_DOC_DETAILS_EXPORT:1 en agosto de 2022.
- CAZEAUX, P. (2010). *Current Damage. Future Damage. Eventual or Hypothetical Damage. Loss of Chance*. In *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense S.R.L.
- COOTER, R; ULEN, T. (2015). *Law and Economic*. 7^{ma} edición. Addison-Wesley. Recuperado de: https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW359/Βάσεις_Θεμελιώδεις_έννοιες/%5BR._Cooter%2C_T._Ulen%5D_Law_and_Economics_%286th_edition%29.pdf en

octubre de 2022.

- DE ÁNGEL, R. (1995). *Some Forecasts About the Future of Civil Liability*. Civitas.
- DE CUPIS, A. (1975). *The Damage. General theory of civil liability*. Bosch.
- DE PIÉROLA, V; LUDEÑA, G; BENAVIDES, A. (2022). Responsabilidad Civil del Estado Democrático. *Revista de Filosofía*. Universidad del Zulia. 39 (102).., pp. 229-238. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7042385> en noviembre de 2022.
- DE TRASEGNIES, F. (2014). *Extra-Contractual Civil Liability*. Fondo Editorial PUCP. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41244> en agosto de 2022.
- DENZIN, M. (2014). *Project Design in Qualitative Research*. EAFIT, Editorial Universidad.
- FRAGA, J. (2018). *Problematic Aspects of the Contractual Responsibility of the Doctor*. Editorial Esparza.
- FERNÁNDEZ, G; LEÓN, L (2005) La Reedificación Conceptual de la Responsabilidad Extracontractual Objetiva. Recuperado de: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LaReedificacionConceptualDeLaResponsabilidadExtrac-7116376.pdf> en septiembre de 2022.
- GALLARDO, M. J. (2015). Probilistic Causality, Causal Uncertainty, and Health Liability: The Loss of Opportunity Doctrine. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45(46)., pp. 35–66. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5444228.pdf> en agosto de 2022.
- GARCÍA, J. C. (2015). Medical Civil Liability in Peru. Basics. *Law and Social Change*, 12(42)., pp. 1–59. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456406.pdf> en octubre de 2022.
- GOLDENBERG, I. (1984). *The Causal Relationship in Civil Liability*. Astrea.
- GÓMEZ, S. (2016). *Metodología de la Investigación*. Red Tercer Milenio.
- GONZALES, G. (2017). *La Consideración Jurídica del Embrión in Vitro*. Fondo Editorial PUCP. Recuperado de: https://www.elvirrey.com/libro/la-consideracion-juridica-del-embrión-in-vitro_1923 en noviembre de 2022.
- LAGOMARSINO, M; OSSES, E; VÉLIZ, A. (2022). Prospectiva de la Democracia. *Los Nuevos Desafíos Materiales de la Democracia en el Siglo XXI. Lo que Viene. Revista de Filosofía*. Universidad del Zulia. 39 (100)., pp. 13-27. Recuperado de: DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.5979693> en noviembre de 2022.
- LEÓN, L. (2007). *Civil Liability Treaty*. Fondo Editorial PUCP.
- LORENZETTI, R. L. (2008). New Approaches to Professional Responsibility. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 5., pp. 391–415. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2751367> en septiembre de 2022.
- MAYS, N; POPE, C. (2000). Qualitative Research in Health Care: Assessing quality in qualitative research. *BMJ: British Medical Journal*, 320(7226), 52. Recuperado de: <https://doi.org/10.1136/BMJ.320.7226.50> en septiembre de 2022.
- MARTÍNEZ, M. (2004). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa*. Editorial Trillas.- ISBN 968-24-7011-0 México. Recuperado de: https://www.academia.edu/29811850/Ciencia_y_Arte_en_La_Metodologia_Cualitativa_Martinez_Miguel_PDF file:///C:/Users/USER/Downloads/Ciencia_y_Arte_en_La_Metodologia_Cualita.pdf en julio de 2022.
- ORGAZ, A. (2007). *Compensable Damage*. 1^{era} edición. Depalma.
- ORTIZ, D. (2007). *Civil Liability and Doctor's Fault*. Universidad Autónoma de Barcelona.

- OSTERLING, F; REBAZA, A. (2010). *Compensating the Probability: About the so-called loss of chance or loss of opportunity*. Recuperado de: [http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando la probabilidad.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf) en noviembre de 2022.
- PACHECO, J. A. B. (2004). Studies of the Causal Relationship in Civil Liability. *Law & Society*, 23., pp. 260–266. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891> en octubre de 2022.
- PREVOT, J. M. (2010). The Problem of Causation in The Law of Civil Liability. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15., pp. 143–178. Recuperado de: <https://doi.org/10.4067/S0718-80722010000200005> en septiembre de 2022.
- RODRÍGUEZ, M. (2016). *Concept and Scope of Objective Responsibility*. Universidad de los Andes.
- ROMÁN, Y; LOZANO, G; TITO, J; LUDEÑA, G. (2018). Gestión Pública y Liderazgo de la Mujer en la Toma de Decisiones. *Revista Venezolana de Gerencia* 23(84), pp. 987-1007. Recuperado de: https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85086245468&origin=inward&txGid=97d89b95baf83377881225af284f307&featureToggles=FEATURE_NEW_DOC_DETAILS_EXPORT:1 en julio de 2022.
- ROMERO, C. (2015). *Perspectives on Criminal Liability and Civil Liability*. Editorial Bs As.
- SANCHEZ, F. D. M; CASTAÑEDA, E. L; LUDEÑA, G. F. (2021). E-Learning Tutoring and Emotional States in Higher Education. *REVISTA GEINTEC-GESTAO INOVACAO E TECNOLOGIAS*, 11(3)., pp. 636–648. Recuperado de: <https://doi.org/10.47059/REVISTAGEINTEC.V11I3.1964> en octubre de 2022.
- TABOADA, L. (2001). *Elements of Civil Liability: Comments on the norms dedicated by the Civil Code to contractual and extra-contractual civil liability*. 1^{era} edición. GRIJLEY. Recuperado de: https://issuu.com/libreriasgrijley/docs/elementos_de_la_responsabilidad_ok en agosto de 2022.
- TAMAYO, J. (1999). About Civil Liability. In *General Theory of Civil Liability: Contractual Liability*. 1^{era} edición. Editorial Temis.
- VÁSQUEZ, F. (2015). *The Civil Liability of the Doctor*. Editorial Espaza.
- VINEY, G. (2018). *Traité de Droit Civil - Les Obligations: La responsabilité: conditions* (L.G.D.J. P).
- YZQUIERDO, M. (1989). *The Civil Liability of the Liberal Professional*. Ed. Reus.
- ZANNONI, E. (2012). *Damage to Civil Liability*. 1^{era} edición. Astrea.



REVISTA DE FILOSOFÍA

Nº 104 – 2023 - 2 ABRIL - JUNIO

Esta revista fue editada en formato digital y publicada en febrero de 2023, por el Fondo Editorial Serbiluz, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela

www.luz.edu.ve www.serbi.luz.edu.ve
www.produccioncientificaluz.org