

Universidad Escuela Libre de Derecho

Doctorado Académico en Derecho

Tesis para Optar por el Grado de Doctor en Derecho

Responsabilidad Civil Derivada por Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia por

Actividad Médica

José Manuel Chaves Redondo

Autor

Dr. Gerardo Parajeles Vindas

Director

Agosto, 2025

Dedicatoria

A mi esposa Georgina,
a mis hijas María Pía y María Amalia, esta última que está por nacer,
y a mi hermano Federico.

Agradecimiento

Primero, siempre primero, a Dios, mi Padre y Señor.

A mi esposa Georgina, por apoyarme, por siempre impulsarme, por no dejarme claudicar en la ejecución de este proyecto.

A mi hija María Pía, por ser mi motivación y a quien tanto tiempo le arrebaté para concluir esta tesis doctoral.

A mis padres Hernán y Bexely, por ser mis ejemplos de esfuerzo y trabajo, por apoyarme sin límites para que estudiara cuanto quisiera.

A mi hermano Federico, porque sé que siempre puedo contar con él, porque siempre ha creído en mí, porque su apoyo para que me convirtiera en doctor en Derecho ha sido permanente y múltiple.

A mi hermana Adriana y mis sobrinos Andrés y Fabiola, porque siempre se alegran por mí cuando logro mis metas.

A mi director Dr.: Gerardo Parajeles Vindas por su guía constante e integral en la elaboración de este trabajo final de graduación.

Al Dr.: Mauricio Tapia Rodríguez, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, quien me facilitó el abordaje del tema investigado a luz del ordenamiento jurídico chileno.

A mi filóloga MSc.: Marcela Monge Porras por apoyarme en todo el proceso metodológico con el fin de mantener una investigación ordenada y coherente.

Índice

Introducción	1
Pregunta.....	2
Objetivo General	2
Objetivos Específicos	2
Justificación.....	3
Metodología	6
Estado de la Cuestión	7
El Caso Chileno	11
Capítulo I. Marco Teórico	13
Ordenamiento Jurídico	13
Derecho Privado	15
Derecho Público	15
Ley.....	16
Responsabilidad Civil	18
Responsabilidad Subjetiva	21
Responsabilidad Objetiva.....	21
Responsabilidad Médica	22
Obligación de Medios	24

Obligación de Resultados.....	26
Daño Indemnizable	27
Agente Dañoso	28
Deudor Incumplidor	28
Perjudicado o Damnificado.....	29
Pérdida de Oportunidad o Chance.....	29
Curación	31
Supervivencia.....	32
Lex Artis.....	33
Proceso	34
Prueba.....	35
Sentencia	36
Capítulo II. Conceptualización de la Teoría General sobre la Responsabilidad Civil.....	38
Generalidades sobre la Responsabilidad Civil.....	38
Fuentes de las Obligaciones	40
El Contrato.....	40
El Cuasicontrato	41
El Delito.....	42
El Cuasidelito	45
La Ley.....	46

Definición de la Responsabilidad Civil.....	47
Regímenes de la Responsabilidad Civil.....	63
Responsabilidad Civil Contractual	63
Responsabilidad Civil Extracontractual	65
Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva Indirecta.	66
Responsabilidad Civil Extracontractual Objetiva.	68
Responsabilidad Civil Legal Objetiva	71
Criterios de Imputación o Atribución de la Responsabilidad Civil.....	71
El Dolo y la Culpa	75
Teoría del Riesgo Creado y la Ley	77
Principio de Debida Diligencia	78
Principio de Causalidad.....	80
Causas Eximentes de Responsabilidad Civil	83
Fuerza Mayor y Caso Fortuito.....	84
Culpa del Acreedor	85
Culpa de la Víctima	86
El Daño.....	88
Tipos de Daños	91
Daños Patrimoniales.	91
Daño Emergente.	91

Lucro Cesante.....	92
Daños No Patrimoniales.	92
Daño Moral.	92
Daño al Proyecto de Vida.....	96
Daño Mixto.	98
Pérdida de Chance.....	98
Funciones del Derecho de Daños	101
Función Reparadora.....	101
Función Preventiva	101
Función Punitiva o Sancionatoria.....	103
Capítulo III. Conceptualización de la Pérdida de Chance u Oportunidad	105
Nacimiento y Significado de la Figura.....	105
Orígenes en Costa Rica.....	109
Situación Actual de Costa Rica	112
Concepto de Pérdida de Chance.....	116
Naturaleza Jurídica	117
Requisitos Constitutivos de la Pérdida de Chance	118
Causalidad	118
Teoría de la Causalidad Probabilística.	119
Francia y Su Situación Actual Sobre El Elemento Causalidad.....	124

Certidumbre	127
Actualidad.....	129
Confusión con Otras Figuras Jurídicas.....	130
Sobre el Daño Emergente	131
Sobre el Lucro Cesante.....	132
Sobre el Daño Moral.....	133
Cómo Indemnizar la Pérdida de Oportunidad	134
Pérdida de Chance Versus Resultado Final	134
La Función de la Prueba Técnica.....	135
El Factor Equidad	141
Capítulo IV. Conceptualización de la Responsabilidad Civil Médica y la Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia	144
Concepto de Responsabilidad Médica	145
Tipo de Obligación del Personal Médico	147
Régimen de Responsabilidad Médica Dual	150
El Contrato de Prestación de Servicios Médicos.....	151
Negligencia, Imprudencia e Impericia Médica.....	155
De la Culpa al Daño	157
Hacia un Régimen Orgánico y Funcional. Un Acercamiento al Caso de Chile.....	159
Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia.....	162

Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia. El Caso Chileno.....	172
Abordaje Doctrinario	173
Tratamiento Jurisprudencial.....	177
Presupuestos para Indemnizar	182
Bases para una Propuesta de Reforma Legal	183
Conclusiones	188
Referencias.....	197

Introducción

En la presente investigación se desarrolla un tema relativamente conocido en el ámbito jurídico costarricense, porque si bien el mismo ha sido expuesto por diversos operadores, su aceptación y desarrollo ha sido paulatino, pero constante. El tema referido es la pérdida de chance, pero enfocada en aquella pérdida de oportunidad que surge de la actividad médica donde la curación o supervivencia de una persona se ve limitada o impedida.

La limitación en cuestión se constituye en un daño indemnizable en caso de ser reclamado por la víctima. Esta implica responsabilidad civil por parte de quien comete con su comportamiento una lesión de esta naturaleza a un bien jurídico tutelado. Razón por la cual, para entender la figura jurídica tratada se debe hacer un análisis desde los razonamientos particulares hasta el desarrollo de conclusiones de carácter general.

En primera instancia, se hará una exposición sobre la teoría general de la responsabilidad civil, donde se estudiarán conceptos fundamentales del derecho de daños, para que, de esta forma, se construya una base suficiente que permita abrir la puerta al instituto jurídico de la pérdida de chance. Análisis desde la definición propiamente dicha de qué se debe entender por responsabilidad civil o como también se le conoce, por el derecho de daños. Se pasará por la clasificación de los tipos de responsabilidad que existen, requisitos constitutivos de la misma, criterios de imputación o atribución y tipos de daños, entre otros.

El segundo paso llevará a un estudio sobre la pérdida de chance, figura jurídica que se considera un daño sujeto a resarcimiento. Esta postura goza de seguidores como de detractores, pero en esta investigación se acepta y trata a la pérdida de chance como un daño que puede ser

reclamado y reparado. Su estudio permite caracterizar e individualizar a la misma de otros tipos de daños resarcibles.

Por último, se hará un enfoque sobre la pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica. En este apartado se estudiará el llamado derecho médico, la responsabilidad que nace de la actividad médica, la *lex artis* y el tratamiento que este instituto ha recibido en el derecho costarricense como en el derecho comparado, específicamente el derecho chileno.

Pregunta

- ¿Existe responsabilidad civil derivada de la pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica?

Objetivo General

- Justificar el resarcimiento del daño causado por pérdida de chance de curación o supervivencia dentro del ordenamiento jurídico del país.

Objetivos Específicos

- Analizar la teoría general sobre la responsabilidad civil.
- Conceptualizar la teoría de la pérdida de chance u oportunidad.
- Estudiar los orígenes de la pérdida de chance como daño resarcible.
- Exponer los elementos fundamentales de la pérdida de chance.
- Estudiar la discusión sobre el carácter indemnizable de la pérdida de chance.
- Distinguir entre pérdida de chance u oportunidad y lucro cesante.
- Conceptualizar la pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica.
- Estudiar el papel de la prueba en la determinación de la pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica.

- Analizar el tratamiento nacional hacia la figura jurídica de la pérdida de chance, así como la de curación o supervivencia.
- Explicar el tratamiento de la pérdida del chance de curación o supervivencia por actividad médica en el derecho chileno.
- Plantear las bases para una futura reforma legal al Código Civil sobre la pérdida de chance de curación o supervivencia derivada de la actividad médica.

Justificación

Investigar la responsabilidad civil derivada por pérdida de chance u oportunidad de curación o supervivencia por actividad médica atiende al hecho que en Costa Rica es una figura jurídica cuyo asentimiento e impulso por parte de los operadores jurídicos ha sido lento, pero nunca se ha paralizado. Esto se verificará más adelante con la exposición del Estado de la Cuestión. Esta afirmación responde a un elemento fáctico y no meramente retórico, de ahí la significancia de tratarlo en esta investigación doctoral para poder conocer su alcance.

Existe la obligación de comenzar el estudio pretendido desde las bases mismas de la responsabilidad civil o el derecho de daños. Evitar este paso en el proceso investigativo le restaría credibilidad a la pérdida de oportunidad como daño indemnizable.

La responsabilidad civil es una rama del derecho civil; sin embargo, traspasa de forma transversal todas las ramas del derecho mientras exista una pretensión de reparación integral ante un daño sufrido.

Asimismo, el derecho de daños es una materia en constante evolución que responde a los avances de la técnica y de la ciencia que los tiempos otorgan conforme transcurren. Avances que responden a la dignidad del ser humano según la historia progresa. En la actualidad, la humanidad

por lo menos a nivel del hemisferio occidental ha experimentado un reconocimiento de derechos de carácter absoluto, así como, de naturaleza relativa.

Lo anterior se constituye en la base para que se considere pertinente y oportuno y con total enfoque práctico, analizar no solamente a la pérdida de chance u oportunidad como tal, sino la pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica.

La investigación pretende demostrar por qué esta figura jurídica debe ser reconocida a nivel de todo el ordenamiento jurídico costarricense, como de igual manera debe acogerse de forma plena por los distintos operadores jurídicos. Negar su reconocimiento implicaría una involución en el derecho costarricense.

Asimismo, el tema estudiado es importante a la luz de los derechos de la persona usuaria de los servicios propios de la actividad médica, entendida esta desde una perspectiva amplia, sea aquella que desempeñan médicos, enfermeros o cualquier tipo de personal sanitario dedicado de manera profesional a la atención de situaciones donde la vida o la salud se ven expuestos o comprometidos. El derecho a la vida o la salud merecen una protección preventiva y reparativa al grado de la jerarquía que aquellos derechos gozan dentro del acervo de bienes intangibles que toda persona tiene debido a su dignidad.

Por otro lado, la figura de la pérdida de chance o de oportunidad, en calidad de daño resarcible, se constituye en un punto de equilibrio entre la lógica del todo o nada en materia de reparación integral del daño, tal y como lo ha permitido observar en tantas ocasiones la aplicación de dicho instituto en materia patrimonial, como puede ser en contratos de compraventa de mercancías o en contratos de distribución. Sin embargo, como posteriormente se verá, esta lógica también ha restado mérito a la exigencia de una relación de causalidad entre una acción u omisión

y el daño que aquella genera. En el caso concreto de la responsabilidad civil derivada por la actividad médica, la pérdida de chance permite constituirse en un muro de contención para aquellas situaciones que derivaron en impedimento a una correcta o idónea curación o en una probable supervivencia; y esto, en una afectación real del proyecto de vida de una persona. Es decir, la pérdida de chance u oportunidad consecuencia de la actividad médica busca atender aparte de la responsabilidad directa de una acción u omisión generadora de un daño o la responsabilidad derivada del riesgo creado, el impedimento para que se consiga o alcance algún tipo de mejora o beneficio gracias al aprovechamiento de un cúmulo de circunstancias que se hacen presentes en un espacio y tiempo determinados.

Lo anterior deja claro que la investigación que se expone responde a una necesidad de contribución a la estructura de conocimiento jurídico existente. La modernización progresiva implica una apertura amplia y ecléctica de parte de los operadores jurídicos, que permee el ordenamiento jurídico y permita desligarse de una visión concebida a finales del siglo XIX, la cual si bien ha respondido a avances tales como los que se observan en el ámbito de la protección al consumidor, esto no basta si nos comparamos con estados de derecho que tienen un desarrollo político, social y económico similar al nuestro, sea que dicha comparación responda individual o colectivamente a estos tipos de desarrollo.

La confianza de poder dar a comprender la trascendencia de la responsabilidad civil derivada por pérdida de oportunidad de curación o supervivencia por actividad médica yace sobre la certeza que el ordenamiento jurídico de Costa Rica y los operadores dentro de este, padecen un desfase cognitivo y temporal que se traduce en un retraso que ha venido a restar o en el peor de los casos, invalidar derechos que en otras latitudes serían reconocidos sin objeción para aquellos que han sido víctimas de daños consecuencia del ejercicio médico.

Metodología

Esta investigación mantiene un enfoque cualitativo, el cual puede definirse de la siguiente manera:

Los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después, para perfeccionarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio. (Hernández, 2014, p.7)

Este dinamismo supra descrito deja claro que no hay un proceso investigativo definido ad portas, sino todo lo contrario, el proceso investigativo atiende a un formato irregular, consecuencia de la materia que se investiga. Existe simultaneidad entre las acciones que se generan, sean la recolección y el análisis de la información que se obtiene.

Asimismo, el método por utilizar es inductivo, este se vuelve requisito indispensable para el investigador de la ciencia jurídica, en su calidad de especie de las ciencias sociales, ya que se utiliza un razonamiento que va de lo particular hacia lo general, con el fin de desarrollar conclusiones probables. Debe recordarse que el derecho no es una ciencia exacta, no responde a si lo estudiado es verdadero o falso, sino, a si lo estudiado es correcto o incorrecto. Esto, incluso, nos permite afirmar que la hipótesis que se ha planteado en el anteproyecto de tesis puede modificarse durante el proceso de investigación.

Las interpretaciones derivadas de la observación, la descripción y la comparación realizada aspiran a la congruencia, en el entendido que permitirán generar conclusiones que, si bien son inexactas por estar dentro de una ciencia social, las mismas responden a un denominador común que el enfoque ecléctico planteado propone. El sistema de creencias y posturas del investigador moldean dicha congruencia, porque el análisis de la información es integral dentro del marco de juicio al cual el investigador somete a la información.

La base documental referencial para la investigación está compuesta de doctrina, normativa y jurisprudencia nacional e internacional. En una primera instancia, se pretende dejar claro los conceptos fundamentales por desarrollar, esto conectará al segundo puerto de la investigación, sea verificar la necesidad de adopción del instituto planteado a nivel del ordenamiento jurídico y sus operadores, mientras que por último, se pretende construir los fundamentos para una propuesta de reforma legal donde se genere un aporte que trascienda el plano meramente doctrinal y se coloque sobre el elemento normativo que brinde fundamento a su uso general por parte de litigantes y jueces.

Estado de la Cuestión

La figura jurídica llamada pérdida de chance o pérdida de oportunidad es de origen francés – *perte d'une chance* – y la misma ha recibido en los distintos ordenamientos jurídicos en los cuales ha sido acogida, el tratamiento de daño autónomo indemnizable. Esta individualización ha permitido que se le diferencie de otras categorías de daños resarcibles. Esta aseveración se desarrollará y justificará mediante referencia suficiente cuando se despliegue posteriormente el capítulo específico que conceptualice a la pérdida de oportunidad.

En Costa Rica, la pérdida de chance ingresa al ordenamiento jurídico a través de un laudo por el proceso arbitral incoado por Disexport Internacional Sociedad Anónima y AutoChic

Sociedad Anónima contra SGS Société Générale de Surveillance Holding Sociedad Anónima. Dicho laudo terminó siendo impugnado ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual se pronunció al respecto a través de la resolución número 766 – 2001. El laudo no fue anulado por la referida sala de casación, por lo tanto, se sostuvo.

A partir de ese momento, podemos afirmar que la pérdida de chance o pérdida de oportunidad obtuvo reconocimiento dentro del ordenamiento costarricense. Previo a esto, el tratamiento de la figura fue académico.

Posterior a este hecho generador, la pérdida de oportunidad en Costa Rica fue tratada de manera directa por el autor costarricense Federico Torrealba Navas en un artículo publicado en la Revista Judicial número 98 del mes de diciembre del año 2010, así como en su Tratado sobre Responsabilidad Civil en el año 2011.

Luego, a través de un trabajo de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica durante el año 2010, la pérdida de chance u oportunidad fue analizada por el estudiante Ricardo Antonio Batalla Robles.

Estos documentos referidos profundizaron en esta categoría de daño indemnizable de una manera en que ninguna otra publicación nacional de carácter jurídico ha llegado a tratar con el mismo grado de amplitud. Si bien han existido otras referencias al respecto, no existe algo que se haya enfocado en el tema investigado como lo hicieron las obras citadas.

Ahora bien, es necesario aclarar que el enfoque señalado por las anteriores publicaciones es sobre la figura de la pérdida de oportunidad, mientras que esta investigación doctoral si bien debe analizar a la pérdida de chance desde una óptica general, el enfoque de este trabajo es la

responsabilidad civil derivada por pérdida de chance de curación o supervivencia por actividad médica.

La doctrina nacional especializada que se ha mencionado en calidad de antecedente ha tocado este tema, pero de forma superficial, por los autores antes referidos, a saber, Torrealba y Batalla.

Por otra parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal en materia civil, mercantil, agraria y contenciosa administrativa, ha consolidado a la figura de la pérdida de chance dentro del ordenamiento jurídico costarricense, pero la variación de sus miembros en su conformación ha provocado que las ocasiones en las cuales el instituto ha sido acogido, pueda interpretarse que la aceptación de este no parezca plena. Véase al respecto la resolución número 371 – 2009 Hampton & Hampton Sociedad Anónima contra el Instituto Costarricense de Electricidad, la cual es citada en el voto número 477 – 2019 Yorleny Ruiz Rojas contra el Partido Republicano Social Cristiano. En esta última resolución no se hace manifestación alguna sobre reservas de los magistrados de la Sala Primera sobre la figura de la pérdida de chance como sucede en la resolución número 371 – 2009, sino solamente con relación a cómo aquella debe interpretarse para poder ser declarada con lugar; no obstante, el mero hecho de citar la resolución número 371 – 2009, deja claro que la misma postura ambigua sigue vigente en dicha Cámara de Casación. Sin embargo, si es importante aclarar que de los magistrados propietarios al año 2019, dos de cinco de sus miembros, ya no forman parte de este cuerpo de jueces, uno por renuncia y otro por fallecimiento.

Se debe recordar que los tribunales de justicia acogen pretensiones cuando se respaldan en hechos probados. En muchas ocasiones donde se ha pretendido sea reconocida y resarcida la

pérdida de oportunidad, en la gran mayoría de casos dicho daño no se ha tenido por acreditado, por lo tanto, no ha gozado de mérito suficiente para que sea indemnizado.

Incluso, de lo verificable, es hasta el año 2022, mediante la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 1454, en la cual se hace referencia a una pretensión sobre pérdida de oportunidad de curación o sanación. No obstante, aquella fue denegada porque no se acogió el vicio de congruencia alegado por la parte actora. Posteriormente, a través de la sentencia número 559 – 2024, la cual fue otorgada por esa misma cámara, el tema de pérdida de oportunidad de curación se volvió a tocar, bajo la denominación pérdida de oportunidad de evitar un daño biológico; sin embargo, la pretensión para que dicho daño fuese reconocido, igualmente fue rechazada bajo el argumento de que la parte actora le fue satisfecho el proceso de consentimiento informado.

Es importante rescatar de lo indicado en el párrafo anterior, que dicho tipo de daño ya fue cuestionado en sede judicial hasta llegar a casación, lo cual más que demostrar que los operadores jurídicos nacionales están dispuestos a someter a discusión ante un tribunal este tipo de daño, lo trascendente es cómo en el medio jurídico costarricense la figura de pérdida de chance de curación y por descarte, la de supervivencia, son recibidas al punto de ser pretendidas ante la justicia ordinaria.

Por último, se debe afirmar que, si bien ha mediado menos de un cuarto de siglo en la incorporación de este instituto en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cual convierte a la figura de la pérdida de oportunidad en una figura joven o de reciente data para nuestro medio, la misma ha ganado comprensión y aplicación constante, aunque exista un sector a criterio de este investigador, que no se encuentra del todo feliz con su aceptación en calidad de daño indemnizable. Precisamente por la discusión que provoca en cuanto a la manera en la cual se trata el tema de la

causalidad, como posteriormente se analizará. Es importante de igual forma aseverar, que su desarrollo ha ido de la mano con dos hechos trascendentes para nuestro sistema jurídico, sea la introducción vía reforma constitucional y vía legal de la responsabilidad derivada a la luz del derecho de los consumidores, y por otro lado, la creación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social que como se observó abrió la puerta a la acogida en el medio costarricense de la pérdida de oportunidad.

Ante esto, se puede sintetizar la siguiente idea, la pérdida de chance u oportunidad en el ordenamiento jurídico costarricense vino para quedarse, y su desarrollo trasciende su mera aplicación en temas de naturaleza mercantil.

El Caso Chileno

En Chile al igual que en el caso de Costa Rica, la incorporación del instituto de la pérdida de chance de curación o supervivencia no fue mediante una norma legal, sino a través de la vía jurisprudencial, la cual se vio apoyada por el desarrollo previo de la doctrina nacional chilena, como la generada por el doctor Mauricio Tapia Rodríguez, profesor del departamento de derecho privado de la facultad de derecho de la Universidad de Chile, en los artículos científicos denominados Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales publicado en el año 2003, la Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena publicado en el año 2012 y la Pérdida de una oportunidad de negocio como daño indemnizable en el derecho chileno publicado en el año 2019.

En primera instancia, se debe hablar de un primer gran precedente, sea la causa N°2074 – 2009 (casación), sobre la cual se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera Constitucional el día 20 de enero de 2011. A través de este fallo se conoció una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el día 11 de diciembre de 2008, bajo la causa N° 776-

2008. En dicha sentencia se valoró un caso vinculado a un mal diagnóstico médico. La Corte Suprema rechazó los recursos de casación interpuestos y confirmó la sentencia impugnada.

Posteriormente, se debe rescatar la causa N°29365 – 2014 (sentencia de reemplazo) de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera Constitucional de fecha 3 de diciembre de 2015, donde se acoge por primera vez a la pérdida de chance de supervivencia como perjuicio. No obstante, la indemnización se otorga por concepto de daño moral.

Por último, como tercer gran antecedente, en el año 2018 mediante la causa N°35721 – 2017 (sentencia de respaldo) de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera Constitucional de fecha 29 de junio de 2018, se procedió a indemnizar por vez primera y de forma expresa la pérdida de chance, como daño individualizado, evitando con esto diluir el resarcimiento de este tipo de daño por medio del daño moral o el lucro cesante.

El análisis de la pérdida de chance en el ámbito médico por parte de la Corte Suprema de Justicia de Chile se ha replicado en múltiples casos, a diferencia de Costa Rica, que hasta el momento en el cual esta investigación se realizó, sólo se contaba con dos casos en específico.

Capítulo I. Marco Teórico

Esta investigación analiza la responsabilidad civil derivada por pérdida de chance o pérdida de oportunidad de curación o supervivencia por actividad médica. Razón por la cual, el estudio se centra dentro del marco del derecho de daños, el cual es transversal a todas las áreas del derecho. No obstante, el elemento diferenciador en el análisis pretendido radica en el origen del daño bajo examen, sea la actividad sanitaria que pueda ejercer personal médico, paramédico y de enfermería.

Ordenamiento Jurídico

El ordenamiento jurídico es el conjunto normativo sistematizado que rige las diversas relaciones jurídicas de aquellas personas, sean físicas o morales, que forman parte de un estado o un ente geopolítico supranacional.

El ordenamiento jurídico debe entenderse desde una perspectiva jerárquica, donde la base está conformada primeramente por los principios generales del derecho, en segundo lugar, por las normas reglamentarias o estatutarias, después por las leyes, luego por los tratados internacionales debidamente ratificados y en la cúspide se encuentra la Constitución Política, esta última expresión máxima de la soberanía popular, la cual es delegada o cedida mediante el voto popular de los ciudadanos, es decir, todo aquel que ha alcanzado la mayoría de edad según la ley y tiene derecho a elegir a sus gobernantes.

En el caso de Costa Rica, el tribunal constitucional en las últimas décadas ha desarrollado una línea jurisprudencial que ha promovido la idea que aquellos tratados internacionales que amplían la tutela de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política, están al mismo nivel que la norma fundamental o incluso, sobre esta. El citado tribunal no analiza a la Constitución Política desde una óptica individual o aislada, sino que refiere al llamado derecho de la Constitución o bloque de constitucionalidad – término acuñado en la doctrina francesa –. Sin

embargo, esta concepción integradora u holística, según como se observe, es contrario al principio democrático, porque violenta la división de poderes al momento de que el tribunal constitucional rompe con el principio de soberanía popular, la cual reside en la nación – según dicta el canon segundo de la Constitución Política de Costa Rica – y solamente puede ser delegada a una Asamblea Constituyente o al Congreso Nacional, para la reforma total o parcial de la Constitución Política. Es decir, solamente los mandatarios del pueblo soberano pueden crear normas de jerarquía constitucional.

Al respecto Orozco (2019) afirma:

Lo anterior es posible en virtud de una interpretación que sostiene que tales instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del derecho internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que en la medida en que brinden mayor cobertura o tutela de un determinado derecho, sus disposiciones deben prevalecer sobre estos.

De esta forma, lo que la Sala Constitucional ha realizado es una construcción a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, (en cuya razón es posible plantear un recurso de amparo no solo por la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución Política, sino también en un Instrumento Internacional sobre los Derechos Humanos), lo cual ha sido desarrollado por la Sala en reiteradas ocasiones. (p.45)

Esto que se menciona líneas previas es de vital importancia para entender el concepto de ordenamiento jurídico, ya que la norma fundamental irradia como un sol al conjunto de normas que jerárquicamente le son inferiores. Una norma infra constitucional, por lo tanto, no puede ser contraria a la Constitución Política.

Derecho Privado

El derecho privado es una de las dos grandes estructuras que conforman el ordenamiento jurídico. Los principios y conceptos constitutivos de la teoría general del derecho le son transversales. Es la estructura que se rige por el principio general de la autonomía de la voluntad o libertad contractual, sea que las personas tienen la posibilidad de convenir entre ellas según su voluntad todo aquello que no sea contrario al ordenamiento jurídico. Razón por la cual su aplicación es flexible desde una óptica general.

Al respecto, dice el numeral 1022 del Código Civil: *“Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”* (Código Civil. 28 de septiembre de 1887).

En dicha norma se consagra el citado principio de autonomía de la voluntad o libertad contractual. Aquí se limita, aunque no se cierra, la posibilidad de cuestionar lo pactado entre partes, atendiendo al principio romano de *pacta sunt servanda*, el cual hace referencia a que lo convenido, obliga.

El derecho privado se vincula especialmente a sujetos particulares, sean personas físicas o jurídicas que no tienen relación con el Estado o sus entes. Sin embargo, el Estado y sus entes, también pueden verse inmersos en dinámicas propias de derecho privado, es decir, el derecho privado no es exclusivo de sujetos privados ni excluyente de sujetos públicos. El derecho privado conserva una relación dialéctica con el derecho público.

Derecho Público

El derecho público es una de las dos grandes estructuras que conforman el ordenamiento jurídico. Se amalgama con el derecho privado a través de la aplicación de los principios y

conceptos conformadores de la teoría general del derecho, sea desde conceptos tales como hechos jurídicos hasta el de situaciones jurídicas, entre otros.

El derecho público se gobierna a la luz del principio de legalidad, sea que sólo puede hacerse lo que esté debidamente autorizado. Asimismo, es la rama del derecho que regula por excelencia las diversas dinámicas jurídicas en las cuales se puede ver vinculado el Estado y sus entes. Esta exigencia de previa autorización le concede un aura de rigidez en su aplicación.

Es el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública que dispone:

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa. (Ley General de la Administración Pública. 28 de abril de 1978)

Las situaciones y relaciones jurídicas donde participan particulares también pueden verse regidas o tuteladas por el derecho público, conforme haya vinculación con el Estado y sus diversos entes centralizados o descentralizados. Lo anterior significa que el derecho público no está reservado para los órganos estatales, sino que sujetos de derecho privado pueden verse expuestos a normas de derecho público si mantienen vínculos jurídicos con sujetos de derecho público.

Ley

La ley es una fuente del derecho, jerárquicamente inferior a los tratados internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa y a la Constitución Política. En el sistema jurídico costarricense, de herencia romano germánico, es la fuente de derecho más relevante.

La ley emana de la voluntad popular delegada a través del voto en los representantes debidamente electos que conforman el Congreso Nacional. La ley solamente puede ser modificada o derogada mediante el mismo procedimiento que facilitó su creación.

La creación de la ley responde a fenómenos sociales y económicos que exigen que relaciones o situaciones jurídicas sean reguladas a través de dicho mecanismo, la ley no se anticipa a dichos fenómenos, sino que se alimenta de aquellos. Lo cual permite afirmar que la ley sigue a la realidad y no a la inversa.

A nivel filosófico siempre ha existido la discusión en cuanto a la justicia que una ley debidamente promulgada trasmite. Argumentos tales como la legitimidad de quien la dicta o el momento histórico al que responden, permiten dejar de cuestionar si la norma legal es justa o no. No obstante, la ley, aunque responda a un momento histórico y surja de quien está políticamente legitimado para otorgarla, la ley no necesariamente responde a un principio general de justicia.

Al respecto (Cicerón, trad. en 1953):

Por otra parte lo más absurdo es considerar que es justo todo lo que se ha sancionado en las instituciones y en las leyes de los pueblos. ¿Aunque sean leyes de tiranos? Si aquellos «Treinta» hubieran querido imponer leyes en Atenas y si todos los atenienses se hubieran regocijado con las leyes tiránicas, ¿acaso por ello esas leyes deberían ser tenidas por justas? No más, creo, que aquella que estableció nuestro interrey, según la cual el dictador podía dar muerte impunemente al que quisiera de los ciudadanos sin que siquiera se abriera un proceso. En efecto, existe un solo derecho por el cual se mantiene la unidad entre los hombres, y una sola ley lo establece, ley que consiste en la recta razón aplicada a ordenar y prohibir. Quien la ignora, ése es injusto tanto si aquélla está escrita en algún

lugar, como si no lo está en ninguno. Y si la justicia es la obediencia a las leyes escritas y a las instituciones de los pueblos y si, como esos mismos dicen, todo ha de ser medido por su utilidad, despreciará y transgredirá esas leyes, si puede, el que considere que ello le resultará provechoso. Así sucede que no existe ninguna justicia en absoluto, si no lo es por naturaleza, y la que se establece por su utilidad es echada abajo por otra utilidad. (De legibus, I, 15,42)

Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil es una rama del derecho civil, específicamente, del derecho de las obligaciones. Esta se origina del incumplimiento contractual o de una acción lesiva extracontractual. Actualmente, se le conoce igualmente como derecho de daños, ya que se ha dado una evolución del concepto, donde la conducta generadora pierde interés, para enfocarse en la generación del daño como tal y su correspondiente reparación.

La responsabilidad civil se categoriza no solamente al tomar como base la existencia o la inexistencia previa de un vínculo jurídico entre quien comete el daño y quien lo sufre y es meritorio de indemnización, pero igualmente, la responsabilidad civil se puede catalogar si su génesis está en una conducta antijurídica o en la producción de un riesgo sin que haya acción u omisión personal involucrada.

La relevancia de lo anterior radica en la ampliación del espectro de daños indemnizables. Cuanto más avance la técnica, más escenarios en los cuales la probable aparición de un daño se materializa. Las conductas limitan la imputabilidad de este tipo de responsabilidad, pero no así la creación de riesgos. A mayor cantidad de actividades, mayor cantidad de riesgos posibles, mayor posibilidad y probabilidad de un daño.

Sobre este tema y otros que más adelante se desarrollarán la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

V.- Del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto. Sobre el particular esta Sala desde vieja data ha indicado, que mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infringido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél. Esta responsabilidad se divide en subjetiva y objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del obligado, quien actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. Desde esa óptica, en la subjetiva, se requiere la concurrencia, y consecuente demostración del daño, el dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso y la relación de causalidad entre la conducta que lo produce y el menoscabo, mientras la objetiva se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de los elementos subjetivos de imputación, siendo suficiente –en tesis de principio- se demuestre el daño y la relación de causalidad para atribuir responsabilidad a los sujetos quienes objetivamente deben responder. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás. La responsabilidad contractual presupone la existencia de una obligación jurídica determinada, convenida libremente por las partes, y además el hecho de que tal obligación haya sido incumplida culpablemente por el obligado. La carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor; pero una vez determinado aquél, se presume en forma relativa que es culpable, es decir, que el deudor lo ha hecho

voluntariamente aunque no exista propiamente intención de incumplir (artículo 702 del Código Civil).- Para eximirse de responsabilidad, el deudor debe entonces demostrar que la causa del incumplimiento ha sido el hecho del acreedor, el caso fortuito o la fuerza mayor (artículo 702 ibídem); mas si el acreedor alega el dolo, no basta con demostrar el incumplimiento, sino que el dolo debe ser probado para que genere las consecuencias jurídicas correspondientes (artículos 701 y 705 del Código Civil)...” (Sentencia no. 320 de las 14:20 hrs. del 9 de noviembre de 1990. En igual sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos números 354 de las 10 hrs. del 14 de diciembre de 1990, 103 de las 14:50 hrs. del 28 de junio de 1991, 17 de las 15 hrs. del 27, 20 de las 14:45 hrs. del 31, ambas de enero de 1992, 45 de las 14:15 hrs. del 11 de junio de 1997, 53 de las 15:10 hrs. del 27 de mayo de 1998, 589 de las 14:20 hrs. del 1 de octubre de 1999, 36 de las 15:40 hrs. del 10 de enero, 509 de las 14:25 hrs. del 11 de julio, ambas de 2001 y 875-2010 de las 9 horas 35 minutos del 22 de julio de 2010). Tocante a la causalidad, debe indicarse, se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador mediante la cual, con base en los hechos, determina una relación de causa efecto entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen legal costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006, 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, y 875-2010 de las 9

horas 35 minutos del 22 de julio de 2010, todas de esta Sala). (Voto N° 378 – 2019 de las 9 horas 25 minutos del 9 de mayo de 2019)

Responsabilidad Subjetiva

La responsabilidad subjetiva es un tipo de responsabilidad civil cuya imputación se determina a través del análisis de la conducta lesiva de un sujeto. Dicha conducta, puede ser una acción u omisión, dolosa o culposa, que causa un daño. La responsabilidad puede ser directa o indirecta, en el entendido que el daño lo provoca de forma directa el sujeto culpable o a través de un tercero ajeno, sobre el cual debía mediar una correcta elección o vigilancia, pero la misma no se llevó a cabo.

Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva responde a una evolución natural del derecho de daños, característica intrínseca de este, ya que permanece en constante cambio. La responsabilidad civil es reflejo de los cambios humanos, sociales y económicos que el avance de la técnica promueve. La responsabilidad objetiva es el resultado de dicho avance. La responsabilidad objetiva no atiende el análisis de una conducta, sino el estudio del riesgo o de la ley. El riesgo creado a través de una actividad que es posible gracias al avance científico y tecnológico. En este caso, el daño que se produce no es consecuencia de una acción o una omisión constitutiva de una conducta antijurídica, sino de un riesgo que se desarrolló y provocó una lesión a un bien o interés jurídico tutelado. Con relación a la ley, es esta la fuente misma de la responsabilidad, la ley viene a determinar cuándo un hecho es generador de un daño y exige tutela de parte del ordenamiento jurídico, tal y como sucede en el caso de la responsabilidad civil vinculada a relaciones de consumo.

Responsabilidad Médica

La responsabilidad médica más que una categoría de responsabilidad civil es la responsabilidad derivada del ejercicio que conlleva la práctica médica por parte del personal sanitario, sean médicos o personal de salud auxiliar. El ejercicio profesional que implica la práctica médica presupone que esta está enfocada en la protección de los derechos absolutos vida e integridad física de quienes ostentan la condición de pacientes, quienes procuran ser curados o extender su supervivencia. Por lo tanto, la responsabilidad médica es la responsabilidad que emana cuando esa práctica médica se desvía de su enfoque original y pone en riesgo o peor aún, lesiona, la vida o la integridad física de una persona enferma.

Sobre este tema, Ríos y Fuente (2017) indican:

La protección de la salud es un derecho que tiene que ser velado por las instituciones del ramo y de todo su personal con el objetivo de brindar una atención médica de manera profesional y éticamente responsable, en condiciones de respeto y dignidad; por lo que si en su actuación omitieren hacer esto serían sujetos de una responsabilidad jurídica.

El vocablo “responsabilidad” proviene del latín respondere, interpretable como “estar obligado”. La obligación –obligatio– en el derecho romano clásico es la institución concebida como “el vínculo jurídico por virtud del cual una persona –deudor– es constreñida frente a otra –acreedor– a realizar una determinada prestación”. La obligación consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.

Podemos establecer a la figura jurídica de responsabilidad como género, la responsabilidad profesional como especie y la responsabilidad profesional del médico

como una subespecie. La responsabilidad profesional se encuentra dentro de la teoría general de la responsabilidad y se sujeta a sus normas generales.

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de hacer y de no hacer.

a) El cumplirlas tiene consecuencias.

b) El no cumplirlas tiene sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. Y la profesión es una capacidad cualificada con la que la persona a través de su actividad realiza su vocación dentro de un trabajo elegido, que determina su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y que, a la vez la valora positivamente en la economía del país.

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio profesional.

En este sentido, las categorías de la responsabilidad profesional médica son las siguientes:

- Impericia: es la ignorancia inexcusable.*
- Imprudencia: es la actuación temeraria y/o precipitada.*
- Negligencia: es la omisión o demora injustificada en la actuación del médico, o la actuación perezosa, con carencia o de constancia profesional.*

- *Inobservancia de reglamentos o normas: es el incumplimiento de reglamentos específicos de la institución y las reglas del servicio, así como de principios éticos de la medicina y los derechos del paciente. (p.19-21)*

Asimismo, el juicio de reprochabilidad se intensifica porque si la responsabilidad médica se tiene por probada, demuestra que la práctica médica traicionó el fin para la cual existe, sea proteger la vida e integridad de las personas. Lo cual, rompe además con el principio fundamental de dignidad humana, ya que al enfermo se le trató y se le valoró no como una persona sino como una cosa.

Es el principio de dignidad humana la piedra angular de toda la doctrina relacionada a los derechos fundamentales del ser humano, los cuales le son intrínsecos por el mero hecho de ser persona. No estimar la existencia de una responsabilidad civil derivada de la actividad médica, es denegar la protección que amerita la vida y la salud de todas las personas.

Sobre este tema menciona Pérez (2021):

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible y lo es desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética. El criterio de humanización ha de encontrarse en la dignidad humana y en el respeto al desarrollo de las citadas potencialidades. La ciencia y la tecnología pueden ser humanizantes o deshumanizantes, según que acerquen o alejen al hombre de la realización de tales potencialidades. (p.67)

Obligación de Medios

La obligación de medios implica que el deudor de la obligación cumple con la prestación pactada cuando pone todos los medios a su alcance para obtener un resultado determinado, sin que

el resultado sea parte constitutiva del objeto de la obligación, por lo tanto, este es una mera expectativa. Esto significa que la obtención del resultado estará sujeto a un alea, lo cual provoca que la debida diligencia ejercida por el obligado atiende de manera exclusiva a la puesta en marcha de todos y los mejores medios disponibles. Este tipo de obligación es dominante dentro de la práctica médica. Sin embargo, en materia de medicina estética algunos sectores aceptan que el resultado ofrecido por el médico tratante sí corresponde a la prestación obligacional.

Al respecto Schopf (2023) indica:

En las obligaciones de medio, que surgen principalmente de los contratos de prestación de servicios profesionales, el deudor contrae en principio solamente el deber de emplear la competencia y cuidado ordinario para procurar al acreedor el beneficio o utilidad esperados, sin asegurar la efectiva obtención del mismo. El fin del contrato, que satisface el interés en el intercambio del acreedor procurándole el referido beneficio o utilidad, es en ese sentido contingente desde la perspectiva de la relación obligatoria. Por eso, el riesgo asumido por el deudor en esta especie de obligaciones está acotado al daño que se sigue de la frustración del propósito práctico o fin contractual que es consecuencia de no haberse actuado de conformidad al estándar de conducta comprometido. Si la frustración de ese propósito o fin y el daño subsecuente pueden evitarse empleando un estándar de cuidado mayor o se debe a una causa extraña que configura una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, no cae bajo su ámbito o esfera de riesgos, razón por la cual su responsabilidad contractual se tiene por excluida. En este sentido, resulta sabido que el abogado no contrae el deber de obtener una sentencia favorable en juicio, que el auditor no contrae el deber de descubrir en todo evento un fraude o que el médico no contrae el deber de necesariamente sanar al enfermo. Ninguno de los expertos señalados asegura de

esta manera la efectiva realización del fin perseguido y la consecuente satisfacción del interés del acreedor; ni contrae en principio el deber de emplear el más alto de los estándares conocidos de la profesión, limitándose su prestación a emplear el cuidado y destrezas ordinarias, para la consecución del resultado práctico esperado (ganar el juicio, descubrir el fraude, sanar al enfermo). (p.64)

Obligación de Resultados

La obligación de resultados conlleva como prestación convenida un resultado específico. Si el resultado pactado no se materializa, el deudor incurre en incumplimiento. El resultado no puede estar sujeto al azar, la debida diligencia que el deudor manifieste estará enfocada a la consecución de resultado como tal.

Sobre este tema Schopf (2023) ha expuesto:

En las obligaciones de resultado el deudor se compromete conocidamente de forma directa e inmediata a la efectiva consecución del resultado que constituye el propósito práctico o fin económico del contrato, obligándose derechamente a proporcionar al acreedor el beneficio o utilidad esperados. Ello salvo que ese resultado y el beneficio respectivo no sean obtenidos en razón de riesgos que están fuera de su esfera de acción y control. En esta clase de obligaciones el deudor asegura de esta manera al acreedor la obtención de un resultado práctico determinado, el cual integra el contenido de la prestación, asumiendo todos los riesgos respecto de su efectiva consecución, salvo que se trate de riesgos por completo incontrolables, que tengan el carácter de imprevisibles, irresistibles y externos. En razón de lo anterior, frente a la frustración del fin e interés contractual del acreedor, la única excusa disponible que inequívocamente le permite al deudor exonerarse de responsabilidad es el caso fortuito o fuerza mayor, el que configura una causa extraña

que está fuera de su ámbito de acción y control. El transportista se compromete en este sentido a transportar la carga a un determinado destino, el constructor a construir la obra encargada y el vendedor a efectuar la tradición de la cosa vendida, asumiendo cada uno de ellos todos los riesgos que están dentro de su ámbito de acción y control respecto de la efectiva consecución del resultado comprometido, el que constituye el fin económico del contrato, cuya realización satisface el interés contractual del acreedor. Frente a la no consecución del resultado y la consecuente frustración del propósito o fin contractual, para los efectos de exonerarse de responsabilidad, al deudor no le resulta suficiente invocar como excusa que ha actuado con toda la diligencia debida, y que, no obstante ello, no logró satisfacer el resultado contractual comprometido. La única excusa disponible para los efectos de liberarse de responsabilidad es la existencia de un evento constitutivo de un caso fortuito o fuerza mayor, el que está por completo fuera de su ámbito de control y constituye la causa precisa que ha impedido la consecución del resultado práctico o fin comprometido. (p.68)

Daño Indemnizable

El daño indemnizable es el producto de un hecho ilícito, que lesionó o puso en peligro la esfera de intereses de una persona, sea física o jurídica, lo cual acredita a aquella a recibir tutela por parte del ordenamiento jurídico, por medio de una reparación integral, que, en tesis de principio, la reestablezca en su situación jurídica precedente al hecho antijurídico. Por lo tanto, todo aquel que cause un daño debe repararlo. La categorización de los diferentes tipos de daños que pueden existir responde a un criterio de objetividad, donde se tomen en cuenta parámetros patrimoniales o extrapatrimoniales, pero que, a la larga, responda a esa obligación social de reparar a todo aquel que ve impactado negativamente sus intereses.

Sobre este tema y otros que a continuación se explorarán la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dictado:

El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. (Voto N° 14 – 1993 de 16 horas del 2 de marzo de 1993)

Agente Dañoso

El agente dañoso es aquel que con su conducta provoca un daño, el cual debe por lo tanto reparar. Esta categorización implica la existencia de responsabilidad extracontractual, porque el hecho ilícito generador del daño no deriva del incumplimiento contractual.

Deudor Incumplidor

Es aquella parte subjetiva de la relación obligacional que no cumple con la pretensión pactada, la cual debía satisfacer. En el momento en el cual el cumplimiento no se concreta, el deudor se convierte en incumplidor.

Perjudicado o Damnificado

El perjudicado es la víctima, es quien soporta el daño, es el receptor de las consecuencias jurídicas derivadas de un hecho antijurídico que provoca un daño. El daño que el perjudicado padece lo legitima para exigir la indemnización respectiva.

Pérdida de Oportunidad o Chance

La pérdida de oportunidad o chance es un tipo de daño indemnizable de naturaleza mixta, ya que puede o no versar sobre aspectos patrimoniales. Es un instituto jurídico controvertido, porque su aceptación no se ha dado en todos los ordenamientos jurídicos ni por toda la doctrina autorizada. La figura nace en Francia a través de la sentencia del 17 de julio de 1889 de la Cour de Cassation y en el caso de Costa Rica esta tiene presencia dentro del ordenamiento jurídico desde hace 20 años aproximadamente y su proceso de aceptación por parte de litigantes y tribunales ha sido paulatino.

La pérdida de chance es un daño que se materializa cuando un hecho o conducta antijurídica impide que una oportunidad de lograr un beneficio o evitar un perjuicio se concrete. El reconocimiento de este tipo de daño no implica que el resarcimiento por aplicar sea equivalente a la eventual ganancia que se pretendía percibir, por ejemplo, pero sí significa que habrá reparación sobre aquel evento que en caso de haberse llevado a cabo hubiera servido de enlace o puente hacia aquella ganancia pretendida.

La oportunidad o chance podría catalogarse como una acción o hecho que tiene la función de conectar con el beneficio que se quiere lograr o el perjuicio que se quiere evitar. Sin embargo, en el momento en el cual la oportunidad se pierde, ese beneficio que podía lograrse, ya no se logra o el perjuicio que se quería evitar se termina padeciendo.

En cuanto a la pérdida de chance de curación o supervivencia, se señala a aquella oportunidad que se echó a perder consecuencia de la acción u omisión del personal sanitario, quien debiendo responder a la dignidad humana de un paciente que requiere atención consecuencia de un padecimiento, dicha atención le es denegada, sea porque nunca le fue otorgada o le fue dada de manera defectuosa, lo cual conlleva esa pérdida de oportunidad de curarse o de sobrevivir durante más tiempo del esperado aunque hubiese un diagnóstico contrario a la vida del paciente.

Sobre este tema Barría (2019) dice:

Cuando hablamos de la pérdida de oportunidad, o de la chance, siguiendo el conocido galicismo aceptado por la Real Academia Española de la Lengua, nos referimos, en general, a una situación jurídica consistente en que una persona pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial, una ventaja o un beneficio, debido a la acción u omisión de otro individuo. La forma de entender a la pérdida de oportunidad en los distintos sistemas jurídicos es diversa, por cuanto existen básicamente dos líneas de inteligencia de la figura. Por una parte, se considera que la pérdida de la oportunidad constituye un daño para quien la experimenta, que consiste en la desaparición de esa oportunidad, lo que no es lo mismo que la pérdida del bien o interés mismo al que se pretendía acceder, puesto que la obtención de éste era una situación incierta y aleatoria. Por la misma razón, cuando se entiende que la oportunidad perdida es un daño, el monto de su reparación no puede equivaler al valor que se espera percibir en caso de efectivamente haber obtenido el beneficio perseguido, sino que su cuantía debe ser evaluada en términos más restringidos. Se trata de una característica de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo respecto de la cual existe un consenso generalizado entre los autores.

Desde otro punto de vista se considera que la pérdida de oportunidad en realidad no es un daño en sí mismo, sino que se trata de una situación de daño en la que va envuelto un problema de relación de causalidad. En efecto, en hipótesis de este tipo el problema consiste en que no es posible establecer un vínculo causal entre el hecho que produce la pérdida de oportunidad y la pérdida efectiva del bien, beneficio, ventaja o derecho que se pretendía obtener por el perjudicado, debido al carácter meramente hipotético de esta última situación. Entonces, son dos las posibilidades frente a esta incertidumbre causal: o se desecha la pretensión indemnizatoria, al no comprobarse el nexo de causalidad, siguiendo la regla del “todo o nada” en materia de prueba de la causalidad, o bien se aplica un cálculo probabilístico, de acuerdo al cual la indemnización debe pagarse en un monto reducido en función de la probabilidad que habría tenido el perjudicado de obtener el beneficio en cuestión, de no haber perdido la oportunidad de lograrlo. Esta última alternativa, en caso de ser finalmente aceptada e implementada funciona, entonces, como un mecanismo que permite sortear la dificultad de comprobación del nexo causal que presenta el ya mencionado sistema binario del “todo o nada”, permitiendo a la víctima la obtención de una indemnización calculada en función de la probabilidad que hubiese tenido de obtener el beneficio que pretendía si no se hubiese malgastado la oportunidad por el demandado. (p.237 - 239)

Curación

La referencia al concepto de curación se entiende no solamente desde la óptica de sanación sino, desde la óptica de una adecuada atención médica. La curación se impide o se obstaculiza si no existe una debida atención médica. Si la atención médica no atiende a una puesta en marcha de

los medios pertinentes y disponibles, la curación de un paciente se mal logra, entiéndase se pierde la oportunidad de curarse o sanar si esa debida atención médica no se satisface.

Puentes (2015) refiere sobre este tema:

La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, en este caso de curación, se conoce como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, en donde se exige en un primer estadio establecer un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y en un segundo estadio, la existencia de una probabilidad cierta de mejoría o de evitar deterioros en la salud y no de meras expectativas y, corresponde al juez ordenar la reparación en forma proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente. (p.1)

Supervivencia

La supervivencia no debe entenderse como la curación o desaparición de una enfermedad, sino como la sobrevida de una persona, la cual es posible gracias a una adecuada atención médica. Si la atención médica no es la correcta o pertinente, la sobrevida que un paciente puede tener se extingue o reduce de forma injustificada, lo cual le impide al paciente el disfrute de aquel tiempo adicional, con todas las implicaciones que tiene aquello en el manejo de su último periodo de vida para sus propios asuntos como para su dinámica de familia. El espacio vital adicional perdido es una oportunidad destruida.

Sobre lo expuesto se ha aseverado lo siguiente:

“Sobrevivir” es “vivir después de determinado suceso”, en este caso el suceso en cuestión es la enfermedad. Por otra parte, es posible preguntarse si debemos considerar que el

vocablo “sobrevida” tiene un significado análogo o si, por el contrario, debemos asignarle otro distinto.

En la práctica médica se llama “sobrevida” al lapso incierto de tiempo que transcurre entre el momento de la declaración de una enfermedad terminal y el momento de su resultado final, la muerte. Es decir, a partir de la comprobación de un estado irreversible, el paciente entra en una suerte de “tiempo de descuento”, que será más o menos prolongado según las circunstancias de cada caso en particular. A su vez, no es exagerado decir que depende de la pericia, aptitud y, sobre todo, de la experiencia y calidad humana del profesional cuánto y cómo vivirá el paciente en este desdichado estado.

No es irrelevante que el paciente viva pocos días o varios años desde el diagnóstico del mal cuyo inevitable desenlace se desconoce. Asimismo, tampoco es indiferente la posibilidad de quien sufre la enfermedad de tener, dentro de sus posibilidades, una “calidad de vida” lo más cercana posible a lo normal. En estos casos, un tratamiento eficaz puede dar al afectado un lapso de vida lo suficientemente amplio como para considerarlo como una verdadera “vida después de la muerte”. (Sonoda, 1999, p.356 – 357)

Lex Artis

La lex artis es una locución latina que hace referencia a la atención o cuidado que se requiere y espera por parte de una persona en el ejercicio profesional según el área en el cual desempeña aquel. La lex artis por lo tanto sirve de paradigma o referencia para determinar si una actividad profesional puede tenerse como aceptada, caso contrario, la actuación sería contraria al

deber de cuidado o debida diligencia. En materia médica y sanitaria, la lex artis se define a partir de normas y protocolos de actuación por medio de los cuales se ejerce la profesión.

Ante esto, puede afirmarse que la lex artis sirve de punto de partida para analizar si una acción u omisión en materia médica y sanitaria puede ser señalada como causa generadora de un daño.

La Ley de Voluntades Anticipadas en Costa Rica señala en su artículo segundo sobre definiciones que dicho cuerpo normativo brinda, lo siguiente:

Lex artis: conjunto de reglas técnicas y mejores prácticas internacionales a las que ha de ajustarse un profesional, en cada caso en concreto, en su arte u oficio. (Ley de Voluntades Anticipadas. 5 de mayo de 2022)

Proceso

Si fuese utilizado un símil para explicar lo que es el proceso podríamos decir que este es como una receta de cocina, mientras que el derecho de fondo equivale a los ingredientes que contiene un platillo de comida. No obstante, sin la receta adecuada, por más buenos que sean los ingredientes, el platillo jamás podría concretarse.

Por lo tanto, el proceso equivale al conjunto de normas de carácter adjetivo que dan una estructura y permiten desarrollar un litigio, en el cual se ventilan determinados hechos con relevancia jurídica, donde de forma paralela se requieren pretensiones en atención a dicho factor fáctico con el objetivo de consolidar situaciones jurídicas que exigen tutela de parte del ordenamiento.

Parajeles (2000) sobre este tema manifiesta:

En definitiva, el proceso como instrumento de la jurisdicción, se puede definir como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Se trata de un conjunto de actos procesales, que provienen de los sujetos del proceso (juez, partes y eventuales terceros), concatenados y preclusivos. Se inicia con la demanda y termina con la sentencia, como forma normal de terminación, ello porque no se excluyen otras formas anormales y; dentro de las cuales es posible citar el desistimiento, la deserción o perención, la renuncia del derecho, la transacción y la conciliación. (p.44)

Prueba

La prueba es el medio que el litigante tiene para demostrar que su dicho dentro de un proceso sea judicial o arbitral, se vea respaldado. Sin hechos probados que han sido invocados como ciertos, jamás puede ser otorgada pretensión alguna. El litigante sin prueba fundamenta sus intereses procesales en meras opiniones, se desvirtúa su condición de parte procesal.

La prueba puede ser de varios tipos, como la prueba documental (física o digital), la declaración de parte o testimonial, la prueba técnica y la prueba científica. La prueba debe proponerse, practicarse e interpretarse según dicta el debido proceso, de lo contrario la misma no podría ser utilizada para justificar ningún fallo estimatorio ni denegatorio.

Arguedas (2000) expuso sobre esta temática lo siguiente:

¿Qué es prueba? En principio podemos decir que se prueban hechos, pero ya dijimos que en recto sentido lo que se prueba son afirmaciones de hechos ya ocurridos. La razón para esta afirmación es que es imposible reconstruir en forma absoluta lo que ha ocurrido

tiempo atrás. Y que incluso la reconstrucción lo que logra es acercarse lo más posible a la forma en que ocurrió un determinado hecho.

¿Cómo se prueba? Se debe hacer a través de los medios que la ley establece y que incluso alguno o algunos de esos medios de prueba podrían servir para demostrar tan sólo hechos puros y simples, y otros serán idóneos para demostrar contrataciones, todo lo cual abordaremos luego.

¿Para quién se prueba? Se prueba para el proceso y en definitiva para el juez, que es el funcionario que tendrá que analizarla y valorarla en el momento de dictar sentencia.

¿Con qué finalidad se prueba? Se prueba con la finalidad de que nuestras afirmaciones sean convincentes para el juzgador y de consiguiente éste nos dé la razón en la sentencia.

(p.96 – 97)

Sentencia

La sentencia o laudo es la resolución por excelencia, porque no solamente es dictada por un tribunal, sea judicial o arbitral respectivamente, sino que genera un análisis integral de los hechos, pruebas y pretensiones que se han ventilado dentro de un proceso. La sentencia resuelve de manera definitiva el conflicto que se ha desarrollado entre las partes procesales. La sentencia analiza aspectos de forma y fondo y si el tribunal que la dicta es la última instancia, este tipo de resolución, se convierte en la decisión definitiva que no puede cuestionarse ante algún superior en grado. Sin embargo, no puede omitirse señalar que, en el ordenamiento jurídico costarricense, existe el instituto de la revisión – artículo 72 del Código Procesal Civil –, el cual procederá contra pronunciamientos que tengan efecto de cosa juzgada material, siempre que concurra algunas de las causales legales que da cabida a este.

López (2007) expresa al respecto:

Existe coincidencia en la doctrina, en que la sentencia es un acto procesal, se trata indudablemente de una resolución judicial, es además un acto de decisión, y finalmente es un acto de terminación referido a un proceso de cognición. Se concibe, como aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar esa pretensión, satisfaciéndola en todo caso. (p.189)

Capítulo II. Conceptualización de la Teoría General sobre la Responsabilidad Civil

Generalidades sobre la Responsabilidad Civil

A modo de introducción, para poder referirse a la responsabilidad civil, se debe hacer mención en primer lugar al derecho de las obligaciones, constituyéndose este en la base del derecho de daños como también se le conoce a la responsabilidad civil.

Las fuentes de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y la ley, porque así lo estipula el numeral 632 del Código Civil de Costa Rica. Asimismo, el concepto de obligación implica la existencia de un derecho relativo o de crédito donde hay un vínculo entre dos o más personas. La obligación supone que una parte puede exigir a la otra el pago o cumplimiento de una determinada prestación jurídica, sea de dar, hacer o no hacer y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aun a las futuras, según el artículo 629 del código normativo líneas previas citado.

Por otro lado, el vínculo obligacional puede tener su origen en un pacto de voluntades o en un hecho dañoso que ha nacido de un evento donde el conocimiento y la voluntad han mediado o la negligencia, la impericia o la imprudencia se han hecho manifiestas.

La responsabilidad civil o el derecho de daños, es una de las materias más ampliamente tratadas dentro de la ciencia jurídica, pero que, por su naturaleza, está en constante evolución, lo cual obliga a analizarla de manera permanente y continua. Esta se fundamenta en dos pilares, sea la responsabilidad que emana del incumplimiento contractual y la responsabilidad que surge del acto ilícito, sea un delito o un cuasi delito. El primer pilar se define como responsabilidad civil contractual, mientras que el segundo, como responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil contractual exige la existencia previa de un vínculo o relación jurídica, el cual, al momento de romperse, por falta de satisfacción de lo pactado, da origen a un daño, que amerita ser resarcido. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual implica la inexistencia de convenio previo entre quien es víctima de la conducta dañosa y quien es la parte generadora de aquella.

Sobre el origen en el derecho romano de esta diferencia se cita lo siguiente:

La responsabilidad civil tiene dos géneros o clases: contractual y extra- contractual. Su fuente histórica en el derecho romano se encuentra en la distinción del origen de las obligaciones nacidas del negotium y de la Lex Aquilia que concedía acción en ciertos casos contra la persona que había causado un daño por acciones consideradas delitos privados.
(Velásquez, 2009, p.36)

La referida distinción se plasmó de igual manera en el Código Civil Napoleónico. Tratamiento diferenciado que en el Código Civil de Costa Rica se mantuvo.

No obstante, no interesa el origen de dónde emane la responsabilidad, quien comete un daño, debe repararlo. La indemnización como tal es una exhortación al equilibrio, en el entendido, que se busca restituir a quien sufre el daño, sea el acreedor de una obligación o la víctima de un ilícito, a su situación jurídica anterior al hecho generador del daño. Sin embargo, es importante aclarar que cualquier resarcimiento obedece no sólo a la existencia del daño per se, sino, al cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que pueda ser reparado.

Como diferencias se resalta que:

Ante todo, la carga de la prueba de la culpa en la responsabilizar (sic) extracontractual recae generalmente sobre el perjudicado —salvas las numerosas excepciones de

responsabilidad presunta que se indicarán seguidamente—, mientras en la responsabilidad contractual, la culpa siempre se presume en el que incumple la obligación, que es quien deberá probar que el incumplimiento se produjo por causa no imputable al mismo. (Bonasi, 2019, p.15)

A modo de distinción, recalcar que ambos tipos de responsabilidad pueden individualizarse de forma adicional a través de los procesos en los cuales se tramiten, ya que si bien, el proceso civil se basta por sí mismo para atender su respectivo análisis, la responsabilidad civil derivada de un delito o cuasidelito, puede ser sometida de igual manera a conocimiento mediante el proceso penal, a través del proceso accesorio de la acción civil resarcitoria. Algo que, de forma particular, tendrá una incidencia en caso de que sea dicha vía la que se utilice para su eventual reclamo, en cuanto a principios rectores y plazos de prescripción. Será resorte de la parte afectada, quien en el ejercicio libre y voluntario que le atiende de acuerdo con el principio dispositivo, la que defina cuál vía tomar para atender sus pretensiones.

Fuentes de las Obligaciones

Las fuentes de las obligaciones en el caso de Costa Rica son definidas por el numeral 632 del Código Civil, el cual dispone:

Las causas productoras de obligación, son: los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasi-delitos y la ley. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

El Contrato

El contrato es un acto jurídico que implica un acuerdo, convenio o pacto, de parte de uno, dos o más sujetos de derecho con capacidad suficiente. Su formato puede ser escrito u oral. A través de este tipo de acuerdos las relaciones jurídicas obligacionales de naturaleza patrimonial se

pueden incorporar. Es decir, el contrato opera a modo de vehículo mediante el cual las obligaciones y derechos por satisfacer pueden desarrollarse. Igualmente, los contratos exigen una manifestación libre de la voluntad de las partes contratantes, el cual se perfecciona a partir de la aceptación de la estipulación, salvo que exista el requisito de que una formalidad se lleve a cabo. Por otro lado, si bien los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes, su validez y eficacia se puede ver comprometida si no se satisface los requisitos y elementos que el ordenamiento exige para su formación.

Sobre esta fuente de las obligaciones Serrano (2017) refiere:

El concepto de contrato en nuestro CC español debe extraerse de diversos arts., en particular, los arts. 1091, 1254, 1255, 1257 y 1278; así, aparece configurado positivamente el contrato como el acuerdo de voluntades de dos o más partes dirigido a crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre las mismas. (p.28)

El Cuasicontrato

El cuasi contrato como fuente de las obligaciones es una figura que la doctrina no lo acepta como tal de forma unánime. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico sí lo establece como fuente de las obligaciones. Estos consisten en hechos lícitos y voluntarios, que, sin mediar acuerdo previo, generan obligaciones o derechos, según beneficien u afecten a terceros.

La Sala Primera de Corte Suprema de Justicia (2000) ha dicho sobre esta figura:

IV. Según los artículos 1043 y 1044 del Código Civil, los cuasi contratos se derivan de hechos lícitos y voluntarios sin necesidad de convención produciendo derechos y obligaciones civiles a las partes en cuanto aprovechen o perjudiquen a terceros. Pertenecen a este tipo de obligaciones, entre otras, la gestión de negocios, la

administración de una cosa en común, la tutela voluntaria y el pago indebido. De las citadas normas se derivan dos elementos importantes constitutivos de los cuasi contratos, a saber, deben ser hechos lícitos y voluntarios. (Voto N° 00591 – 2000 de las 10 horas 32 minutos del 18 de agosto de 2000)

El Delito

El delito se define como una conducta típica, antijurídica y culpable. El mismo exige para su creación reserva de ley y basta que la conducta se tenga por antijurídica, aunque haya de por medio una causa de exculpación, pero no de justificación, para que sea generador de obligaciones. Este puede ser doloso o culposo, y su naturaleza es extracontractual. Sin embargo, el origen de la conducta sea que implique conocimiento y voluntad o sea producto de la falta al deber objetivo de cuidado, pierde interés si la misma es generadora de daños y con ello, de obligaciones. El juicio de reprochabilidad que pueda desprenderse alrededor del análisis de la conducta delictiva, entiéndase que puede ser de tipo dolosa o culposa, sí puede tener incidencia en la manera en la cual el daño se resarce. Dependerá lo anterior, del tipo de daño que se pretende sea indemnizado y cómo ha sido probado.

Asimismo, es necesaria la aclaración en cuanto a la aseveración de pérdida de interés para el derecho de daños que implica que una persona que cometa un delito no se le tenga por culpable debido a una causa que lo exculpe, pero no así, que lo justifique de haber actuado contra el ordenamiento jurídico. Esto, porque la ausencia de sanción penal no tiene importancia alguna en el marco de la responsabilidad civil, si el injusto se tiene por probado y como tal, la acción o la omisión generó daños por reparar.

En el año 2018 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia unificó el criterio jurisprudencial de dicha cámara de casación en cuanto a la forma en la cual debe darse la reparación civil dentro del proceso penal costarricense. Al respecto:

C. Criterio Unificador de esta Sala de Casación Penal. En el caso que se examina, el Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante sentencia N° 255-2016, de las 09:00 horas, del 3 de agosto de 2016, visible a folios 4 a 24, dispuso: “...se absuelve a José Eugenio Castro Jiménez por los delitos de Estafa, Administración Fraudulenta, Retención Indebida y Falsedad Ideológica que la querellante [Nombre 002] le venía atribuyendo, como cometidos en su perjuicio. Se declara parcialmente con lugar la acción civil resarcitoria interpuesta por la actora Doña Delia por Siempre S.A., cédula tres-ciento uno-dos cuatro tres cuatro cero cuatro, representada por [Nombre 002], por concepto de daño material consistente en: a) El reemplazo del piso del edificio y b) La construcción de una rampa para personas con discapacidad, prevista en forma imperativa por la Ley N° 7600 del 02 de mayo de 1996, condenas que se realizan en abstracto por no contarse con elementos probatorios suficientes para establecer su valor en esta sede, debiendo la parte actora liquidar los montos respectivos en la sede civil. Se deniegan las restantes pretensiones de la demanda. Se resuelve sin especial condena en costas sobre la acción civil y la querella...” Por su parte, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, en sentencia N° 2017-0788, de las 09:30 horas, del 29 de junio de 2017, declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el defensor particular del imputado y demandado civil José Eugenio Castro Jiménez. A criterio de esta Cámara, el recurso de casación presentado por el defensor particular debe ser declarado sin lugar, al ser atendible el criterio del Tribunal de

Apelación (sigue la tesis que ha asumido esta Sala en la mayoría de las sentencias –ya citadas– que se ha pronunciado sobre este tópico, variando en consecuencia –frente a una revaloración del tema– el criterio expuesto por algunos de los que suscribimos esta resolución, en otra oportunidad) en el sentido de que pese a la absolutoria penal por atipicidad de los hechos (no configuración de un injusto penal), es posible establecer una responsabilidad civil, debiendo verificarse si subsisten otras fuentes normativas distintas al delito en las cuales pueda sustentarse ese deber de indemnizar, existiendo, en el presente asunto, una fuente legítima de responsabilidad civil, a saber un incumplimiento contractual. Es decir, la circunstancia de que finalizado el contradictorio se determinara que las conductas querelladas no constituían delito, pero sí un incumplimiento contractual, no relevan, en este caso, al demandado civil Castro Jiménez, de su obligación de resarcir los daños ocasionados, según se tuvo por demostrado en debate. Ello, en razón de que el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño y no en el carácter delictivo del hecho. Proceder de manera contraria implicaría legitimar un enriquecimiento sin causa. Al respecto, tal y como lo ha indicado la doctrina nacional “...si la conducta tenía apariencia de delictiva y así ha sido estimado por el Juzgado Penal, debería resolverse el problema civil en el juicio, aunque se determine que se trata de un simple incumplimiento contractual...”, tomando en cuenta que “...Resultaría una injusticia el que, luego de celebrado el debate, los juzgadores no se pronuncien sobre el fondo de la acción civil bajo el argumento de que no existe una conducta delictiva de por medio, sino simplemente un incumplimiento contractual. Para ese momento procesal, las partes han tenido suficiente oportunidad para discutir la responsabilidad civil y, por ello, debe resolverse el conflicto planteado...” (Sanabria Rojas, Rafael Ángel. (2013). REPARACIÓN CIVIL EN EL

PROCESO PENAL. Segunda edición. San José: Editorama, pp. 382 y 386). Con base en las consideraciones expuestas, se declara sin lugar el recurso de casación presentado por el licenciado José Joaquín Ureña Salazar, defensor particular del imputado y demandado civil. Se unifica la línea jurisprudencial en el sentido de que la absolutoria penal de una persona dispuesta en un juicio, no impide que, habiéndose presentado una acción civil resarcitoria en su contra, se le condene civilmente, en el tanto lo autorice una fuente legítima de responsabilidad civil. (Voto N° 00184 – 2018 de las 9 horas 57 minutos del 6 de abril de 2018)

El Cuasidelito

El cuasidelito, conforme lo ha entendido la doctrina, es lo que actualmente se conoce como delito culposo, sea aquel que nace de la falta al deber objetivo de cuidado, cuando ha mediado de por medio imprudencia, negligencia o impericia. Sin embargo, seguir hablando de cuasidelitos, pierde sentido o interés actual a la luz de la normativa especial en materia penal que contempla el Código Penal costarricense, que, bajo el concepto de delito, engloba tanto acciones culposas como dolosas según el caso.

En relación con la definición tradicional de cuasidelito:

Es una opinión generalizada en la doctrina chilena que, a la luz de los arts. 2314 y 2329 del Código Civil, la responsabilidad aquiliana cumple ante todo una función reparadora y la indemnización depende primordialmente de la magnitud del daño ocasionado por el hecho, sea que éste consista en un delito o cuasidelito: la distinción entre ilícitos dolosos y culposos sería teórica y prácticamente inútil. En principio, este aserto es compartido por la jurisprudencia patria: "en materia de responsabilidad cuasidelictual, la culpa no tiene grados, ni admite diferencias: hay culpa o no la hay, pues lo único que importa para los

efectos del pleito, es el monto de los daños, y es esto lo que regula la indemnización, con entera prescindencia de la gravedad de la culpa". Sin embargo, como observa uno de nuestros más insignes civilistas, "en la práctica, tiene importancia demostrar la existencia de una culpa caracterizada y, mejor aún, de dolo, para los efectos de obtener una mayor indemnización, particularmente si se trata de un daño moral". De hecho, no obstante sostenerse que la reparación integral depende de la entidad del perjuicio cualquiera sea el tipo de culpa involucrado, se admite que en la jurisprudencia el dolo o la culpa lata incide en la extensión del resarcimiento. Además, como constata un autor contemporáneo, los jueces conceden disímiles indemnizaciones a pesar de resolver casos que conciernen a daños sustancialmente idénticos. Esto obedece a la influencia de otros factores, incluyendo la seriedad de la conducta del autor. (Banfi, 2016, p.527)

La Ley

La ley es una fuente de Derecho, no sólo de las obligaciones, y su jerarquía normativa solamente es inferior a la Constitución Política y a los tratados internacionales debidamente ratificados. Asimismo, la ley solamente puede ser creada por el poder legislativo, en el cual reside la soberanía popular delegada mediante el voto popular. Aunque la potestad de legislar también puede ser ejercida a través de la vía del referéndum, según dispone el artículo 105 constitucional vigente en Costa Rica. La ley se constituye en fuente de obligaciones, y con esta de responsabilidad. La ley crea obligaciones y determina responsabilidad en el incumplimiento de aquellas. La no satisfacción de las obligaciones que la ley crea da mérito a que haya exigencia forzosa de su cumplimiento si fuera el caso, verbigracia, las obligaciones tributarias no atendidas o la solidaridad que nace entre codeudores dentro de obligaciones mancomunadas que la ley les otorga dicha condición.

Hernández (1993) afirmó:

En el ordenamiento jurídico costarricense, la ley, en principio, se define por un criterio estrictamente formal, según el cual la podemos concebir como el acto normativo dictado por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su función legislativa, que requiere sanción posterior del Poder Ejecutivo, salvo el caso de resello por parte del Congreso, que se encuentra normativamente subordinada sólo al bloque de constitucionalidad y a los tratados internacionales. (p. 505)

Definición de la Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil o el derecho de daños como también es conocida se podría definir como la respuesta que el ordenamiento jurídico otorga a las personas físicas o jurídicas que han sufrido a nivel de su patrimonio material o inmaterial un daño, el cual tiene su origen en la acción u omisión de otro sujeto de derecho. La respuesta consiste en una acción de restitución donde se procura devolver a quien ha padecido el daño a la situación jurídica en la cual se encontraba antes de haber sufrido aquel. El ordenamiento jurídico desde la base del principio de justicia y de seguridad jurídica atiende a quien ha sufrido un daño, el cual tiene mérito a ser resarcido. Este busca un equilibrio entre el autor del daño y el perjudicado. Igualmente, se puede afirmar que el respaldo que el sistema jurídico brinda a la víctima del daño sufrido se constituye en un mecanismo de disuasión para que el daño no se vuelva a producir o se deje de infligir. Por lo tanto, en este apartado, se parte de la siguiente premisa: todo interés jurídicamente relevante tiene mérito de recibir protección.

En Costa Rica la responsabilidad civil tiene rango de índole constitucional, porque en el numeral 41 de la Carta Fundamental vigente se consagra el derecho a la reparación del daño. La norma citada concretamente dice “*Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para*

las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes” (Constitución Política de la República de Costa Rica. 08 de noviembre de 1949).

Sobre esta temática la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

En la actualidad, cualquier Estado de Derecho lleva intrínseco como elemento consustancial, propio de su esfera externa de garantía, la tutela judicial efectiva del ser humano y su correlativo derecho a una reparación plena ante un daño o perjuicio ocasionado. En el caso de Costa Rica, la Constitución Política, en el artículo 41 dispone: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Este postulado recoge un principio de responsabilidad que, a su vez, ha generado una basta labor legislativa, tratando de dar solución a las posibles situaciones que se presenten según el tipo de relación que se dé entre los sujetos involucrados sea como autor del daño o como víctima de aquél. De esta manera puede identificarse, en primer término, la responsabilidad contractual, cuyo origen radica en el incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes; o, extracontractual, en los casos en que se incumpla con el deber general de no causar daño a los demás. Esta Sala, en lo que al caso interesa, en la resolución N° 320 de las 14 horas 20 minutos del 9 de noviembre de 1990, señaló: “IV.- (...) la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado,

sino de la violación del deber general de no dañar a los otros.” También, es posible establecer una responsabilidad subjetiva u objetiva, según el criterio de imputación que se utilice. En aquélla, el referente consiste siempre en la conducta dolosa o culposa de quien causa la lesión. En la otra, ese tipo de consideraciones se tornan intrascendentes, por cuanto entran en juego otros aspectos, normalmente previstos en la ley, tales como el riesgo que supone el ejercicio natural de la actividad que se realiza. De esta forma, la simple existencia del riesgo es suficiente para que, en caso de que se produzca un daño, aún y cuando se origine en una conducta lícita, se deban asumir sus consecuencias. En cualquier tipo de responsabilidad, es indispensable que exista un nexo causal entre la conducta o situación que motiva la lesión y el daño que sufre la víctima, ligamen que se rompe en caso de mediar alguna eximente a saber: fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, además del caso fortuito, para las hipótesis en que es admisible. (Voto No. 590-F-2005 de las 14 horas 30 minutos del 17 de agosto de 2005)

A modo de aclaración, dentro de la cultura jurídica costarricense, influenciada por el derecho francés a partir del Código de Napoleón de 1804 – todavía vigente en Francia aunque revisado y modificado múltiples veces –, en la Constitución Política de Costa Rica de 1871, ya se establecía la obligación de con ocurrencia a las leyes se otorgara reparación para daños o injurias padecidos. El numeral 47 del derogado texto constitucional decía: *“Todo costarricense o extranjero, ocurriendo a las leyes, debe encontrar remedio para las injurias y daños que haya recibido en su persona, propiedad u honra. Debe hacérsele justicia pronta, cumplidamente y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”* (Constitución Política de la República de Costa Rica. 07 de diciembre de 1871).

Por otra parte, el despliegue normativo creado alrededor de la responsabilidad civil se vio igualmente reflejado a nivel legal, ya que en nuestro código civil cuya fecha de vigencia es de 1888, se establece lo siguiente en los artículos 702 y 1045 respectivamente:

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor; a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

En el artículo 1045: *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”* (Código Civil. 28 de septiembre de 1887).

En la doctrina nacional como extranjera se ha desarrollado de manera extensa el concepto de responsabilidad civil, la cual como se ha dicho, se mantiene en constante evolución como materia de estudio. La conceptualización generada tiene su génesis en una línea común donde se visualiza la obligación de reparar a todo aquel que sufre un daño. Sin embargo, aseverar esto de forma tan laxa es restarle mérito a la abstracción que cada autor haga de este concepto. Lo más importante de lo aquí afirmado se funda en el hecho de que según el ordenamiento jurídico y materia de la cual se trate, el abordaje que se plantee puede variar en sus alcances desde la óptica reparadora, pero no así, desde el mérito a la indemnización que implica la materialización de un daño como tal.

En Costa Rica, Torrealba (2011) ha expresado:

La responsabilidad civil permea todo el Derecho positivo. En efecto, la responsabilidad civil parece poseer un poder irresistible de atracción ecuménica de los estudiosos de las

más variadas denominaciones jurídicas y gozar del don de la ubicuidad, pues donde quiera que se sitúe uno, a lo largo y ancho de las distintas provincias del Derecho, tanto Privado como Público, siempre emerge, pertinaz, la cuestión de los daños y los perjuicios. Difícilmente, se podría aislar un área del Derecho capaz de proclamarse totalmente indiferente a la obligación de indemnizar o reparar daños y perjuicios. El Derecho de la responsabilidad civil no sólo tiene una función autónoma, sino que cumple – o puede llegar a cumplir – una importante función complementaria de otras instituciones, para colmar cuanto hiciere falta para el pleno restablecimiento de la legalidad y el servicio de la Justicia. (p.2)

Reflejo de lo anterior y de la evolución permanente del derecho de daños, se puede observar las siguientes normas de jerarquía legal que rescatan la obligación de indemnizar ante la generación de un daño. Normas que se salen del marco de la norma civil y se incorporan a textos legales que evidencian el transitar normativo costarricense por desarrollo y regulación de la ficción llamada Estado a la luz de la idea conocida como Estado Social de Derecho.

En primera instancia, debe citarse el régimen de responsabilidad que deriva de la administración pública. En segundo lugar, la protección jurídica que el ordenamiento brinda a los consumidores.

En el caso del Estado y sus entes dicha carga se atribuye a través de la Ley General de Administración Pública específicamente en el título séptimo, en el cual se analiza la responsabilidad que emana de la administración como tal, pero también de los servidores públicos dentro del marco del ejercicio de sus funciones. (Ley General de la Administración Pública. 28 de abril de 1978).

El Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI hace un desarrollo simplificado, pero a la vez preciso sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual se expone a continuación:

EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Al amparo del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración es responsable por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal. Cabe destacar que la referencia que hace el legislador no es simplemente a los actos, sino que trasciende al funcionamiento administrativo (artículo 49 de la Constitución Política), concepto que refleja cualquier forma de manifestación de voluntad administrativa, sean formales o materiales, y que engloba además, a la disfunción, sea, las omisiones administrativas. La responsabilidad dicha, se enmarca, por ende, dentro de un régimen preeminentemente objetivo, que engloba en su fundamento tanto la teoría del daño y del riesgo, así como en el equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura, en lo fundamental, la reparación indemnizatoria a quien ha experimentado una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad que resulta ser antijurídica en su base. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro en el enfoque mismo de su fundamento, ya que

habrá responsabilidad de la Administración siempre que su funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, con independencia de su situación jurídica subjetiva y la titularidad o condición de poder que ostente, cumpliendo claro está, con el presupuesto imprescindible del nexo causal. Sobre el tema, véase el extenso desarrollo realizado en la resolución no. 584 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto del 2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Desde este plano, la legislación impone como criterios de imputación la conducta ilícita o lícita, así como el funcionamiento normal o anormal. En el caso de la conducta lícita y el funcionamiento normal, el Ordenamiento Jurídico establece presupuestos y exigencias que determinan su procedencia, entre ellos, el daño debe ser especial o anormal, lo que supone que debe recaer sobre una pequeña proporción de afectados o bien, en el segundo caso, debe tener una intensidad excepcional. En estas hipótesis la responsabilidad solo cubre el daño, no así los perjuicios (artículos 194 y 195 de la Ley General de la Administración Pública). Por su parte, en la conducta ilícita y el funcionamiento anormal, la responsabilidad es plenaria. Con todo, ante esos criterios de imputabilidad, ha de acreditarse que la lesión es consecuencia de esas acciones u omisiones, a efectos de establecer el nexo causal que permita la atribución de responsabilidad al centro de autoridad pública. Aunado a ello, en los casos de anormalidad e ilicitud, el juzgador ha de abordar un examen del funcionamiento público, a fin de establecer si efectivamente, se ha presentado un proceder que se aleja de la legalidad o bien, se contrapone a los conceptos de eficiencia administrativa. En tales casos, resulta determinante inferir con claridad la existencia de esos criterios, pues de otro modo, el tratamiento y

análisis de cada caso debe ser diferente, atendiendo al tipo de funcionamiento al que se atribuye el detrimento. Surgen como causas eximentes de tal responsabilidad la culpa de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor. Empero, en cada debate, el juzgador ha de examinar si el efecto liberatorio de tales circunstancias es total o lo es solo parcial, caso este en que solo podrá llegar a producir un efecto reductor en la responsabilidad de la unidad administrativa. De nuevo, la concurrencia de esos aspectos incumbe a la Administración. Ahora bien, debe señalarse que en la dinámica de la indemnización de daños y perjuicios que se pretende exigir a las Administraciones Públicas, no cualquier daño da cabida al deber de reparación, sino solo aquel que sea efectivo, evaluable e individualizable. Así se desprende en efecto del numeral 196 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior elimina del parámetro indemnizatorio las meras expectativas de derecho o las aspiraciones de lucro eventual, sustentadas en conjeturas, ergo, en situaciones inciertas. La efectividad del daño que se exige en este tipo de pretensiones evita la consideración de lesiones hipotéticas. El daño indemnizable puede ser diversos tipos, bien puede ser material, corporal, moral objetivo o moral subjetivo. Sin embargo, se insiste que la lesión debe contar con esas características como condicionante de su reparabilidad. Cabe señalar en este punto que como derivación de la carga dinámica de la prueba, (numerales 58, 82, 85 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 317 del Código Procesal Civil) corresponde a la víctima demostrar la existencia y cuantía de los daños que recrimine. Este deber resulta impostergable y constituye un presupuesto infranqueable

para la procedencia de la reparación. (Voto N° 993 – 2010 de las 07:45 horas del 16 de marzo de 2010).

Por su parte, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece un régimen de responsabilidad, en el cual se garantiza al consumidor la reparación del daño sufrido cuando este resulta perjudicado por razón del bien o el servicio recibido, así como, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Al respecto el numeral 35 de la ley citada (1995) dice:

El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. (Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. 19 de enero de 1995).

En relación con lo anterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha pronunciado:

El principio general de responsabilidad objetiva del comerciante frente al usuario del servicio es el mismo. En suma, el parqueo ofrecido a los clientes por los establecimientos o centros de comercio, aún y cuando no sea de naturaleza pública, no se alquile, y sea

gratuito, es parte inherente del servicio que prestan en su actividad comercial y por tal, deben responder por los daños y perjuicios ocurridos durante la estancia de los automotores en esa área, con fundamento en una responsabilidad civil objetiva especial sobre los derechos del consumidor. Son responsables de los eventuales daños o pérdida de los automóviles, porque tienen el deber de custodia, guarda y restitución. Cuando el comerciante facilita un lugar para ese propósito, está ofreciendo al público la posibilidad de que, sin llegar a adquirir una mercadería determinada, dejen su vehículo en ese lugar. Lo contrario, sería condicionar su uso a la exigencia de una compra real y efectiva, pese a que puede suceder que el bien a adquirir no se encuentre. Esta prestación accesoria, configura un deber de protección del comerciante, que le crea una obligación frente a quienes aparquen en ese lugar. Es decir, está obligado a guardar, custodiar y restituir el vehículo (artículos 698 y 1349 del Código Civil), como derivación propia de la responsabilidad objetiva impuesta por la ley. En armonía con lo que se ha indicado, resulta intrascendente que el actor hiciera o no una compra efectiva en el supermercado, de ahí que no se den las infracciones acusadas, por lo que el reproche habrá de desestimarse.”

Entonces, según lo expuesto, en este tipo de situaciones, no interesa en realidad si existió un acuerdo expreso entre las partes relativo al cuidado del vehículo. La obligación de Prisma nace desde el momento en que brinda a sus clientes el servicio de parqueo. Tal y como se explicó anteriormente, la empresa para atraer clientela y facilitar los actos de consumo que le generan ingresos, ofrece un servicio de parqueo pero, se produjo la sustracción de su vehículo; de allí que se le deba achacar a la demandada la responsabilidad objetiva. Era su obligación, darle al cliente seguridad para estacionar. Se dijo en aquel voto 655, que el comerciante está en la obligación de “procurar la seguridad

de esos bienes de manera adecuada, eficiente y, si fuese del caso, contar con personal idóneo y capacitado para esos menesteres, porque, al resultar el aparcamiento como parte de la relación de consumo, la obligación de seguridad está indudablemente incorporada a su contenido virtual de protección al consumidor”. En conclusión, la responsabilidad se origina desde el momento en que el parqueo es parte del servicio y hay un incumplimiento de brindar la seguridad correspondiente a sus clientes. Dado que en este proceso no se han presentado pruebas o indicios que puedan llevar a esta Sala a variar de criterio, se mantiene la posición antes esbozada, considerando en este caso a Prismar de Costa Rica S.A., responsable por el daño sufrido por don Mauricio Castillo Arce, pues, la sustracción del automotor se dio mientras el comerciante estaba prestando su servicio al cliente. En razón de lo expuesto el agravio deberá rechazarse. (Voto N° 337-F-2008 de las 16:25 horas del 8 de mayo de 2008).

Es importante señalar, que este régimen de responsabilidad goza de un respaldo constitucional adicional al que contempla el artículo 41 de la Carta Magna, ya que el 29 de mayo de 1996 se reformó el canon 46 constitucional. La reforma en cuestión provocó que dicha norma quedara con la siguiente redacción:

Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho

a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias. (Constitución Política de la República de Costa Rica. 08 de noviembre de 1949).

Al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo Sección I refirió:

IV. RESPONSABILIDAD OBJETIVA: En cuanto el tema es importante indicar que la Ley N° 7607 del 29 de mayo de 1996, reformó el artículo 46 de la Constitución Política. Incorpora un nuevo derecho económico: la protección del consumidor, con lo cual le da jerarquía primaria, no sólo como umbral de nivel máximo, imponiendo la aprobación de normativa con arreglo a sus postulados, sino que además, obliga a interpretar los preceptos existentes en armonía con ese principio, lo cual guía a los operadores jurídicos a procurar su tutela efectiva. Sobre esta temática, la Ley no. 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, contiene una serie de derechos sustanciales y procesales a favor de los consumidores y usuarios, así como del régimen de responsabilidad aplicable. Aunado a lo anterior, la Sala Constitucional ha establecido, que: “ II ... es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual

cuenta con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia... ”

Sentencia no. 1441-92, de las 15 horas 45 minutos del 2 de junio de 1992. En vista del surgimiento de una situación desequilibrada en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales no resultaban suficientes para tutelarlos. Con el fin de evitar, o al menos atenuar esas diferencias, el legislador ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa, en aras de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores. En esa línea, el artículo 32 de dicha normativa, señala que: “Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales”... f)

Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e

intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.” Para el caso, interesa destacar la relevancia y características que ostentan los derechos enunciados, dado que la intención es clara de tutelar de manera efectiva la esfera jurídica del consumidor. En ese mismo sentido, el numeral 35 *ibidem*, establece: “El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, lo encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.” Como puede apreciarse, se adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con la finalidad de proteger a las víctimas de las actividades comerciales, que por su propia naturaleza, en su mayoría, son generadoras de riesgos para las personas. IV.- En lo tocante al régimen objetivo de responsabilidad, esta Sala en el fallo no. 376-f-99 de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999, indicó que “preceptúa lo que la doctrina ha denominado responsabilidad objetiva o por riesgo creado. En ella, se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora del riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de

culpa y antijuricidad ... La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho, crea una fuente de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado. Nuestra jurisprudencia, desde épocas pretéritas, ha reconocido este tipo de responsabilidad. Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias de la antigua Sala de Casación número 97 de las 16 hrs. del 20 de agosto de 1976; y de esta Sala, entre otras, los números 26 de las 15:10 hrs. del 10 de mayo de 1989; 263 de las 15:30 hrs. del 22 de agosto de 1990; 354 de las 10 hrs. del 14 de diciembre de 1990; 138 de las 15:05 hrs. del 23 de agosto de 1991; 112 de las 14:15 hrs. del 15 de julio de 1992; y, 61 de las 14:50 hrs. del 19 de junio de 1996. En consecuencia, la responsabilidad objetiva emerge de la realización de actividades lícitas o autorizadas, pero que constituyen una fuente de riesgo...” Esta concepción, surge porque el modelo de la culpa era insuficiente para dar respuesta a la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna. La teoría del riesgo, entendida en el sentido de que, quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes, vino a cambiar la mayor parte de las legislaciones. También se le denomina teoría del daño creado, cuyo paradigma de imputación radica en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo, debiendo prescindirse de la subjetividad del agente, y centrarse en el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material. Solo interesa indagar cual hecho fue la causa del efecto para imputarlo, dado que es suficiente la producción del resultado dañoso, siendo innecesaria la configuración de un acto ilícito a

través de los elementos tradicionales. Como corolario de lo expuesto, la culpa, negligencia, imprudencia o impericia del agente, no son los elementos esenciales para dar nacimiento a la obligación dentro de los parámetros de la responsabilidad objetiva. De allí que, no tiene ninguna importancia, para desvirtuarla, que se logre demostrar que no incurrió en alguno de ellos. En este mismo sentido, puede verse la sentencia no. 61 de las 14 horas 50 minutos del 19 de junio de 1997, de esta Sala. Por tal razón, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad, prescindiéndose como criterios de imputación. Se enfoca en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una prestación peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro. Por ende, el elemento a considerar es el riesgo creado. Sobre el tema en particular, puede consultarse la sentencia no. 376 de las 14 horas 40 minutos del 9 de julio de 1999, de este órgano colegiado. Debe agregarse, que se parte del supuesto de que el origen de las obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, y que al provocar daño, exigen al que se sirve de ellas, a resarcirlo. Para la configuración de este tipo de responsabilidad deben darse los siguientes componentes: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Finalmente, es importante mencionar que, dentro de esta temática, opera una parcial inversión de la prueba, en el sentido de que el lesionado queda exonerado de la carga de probar la culpa o dolo de quien provocó el daño. En consecuencia, le atañe a la persona física o jurídica a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima. Doctrina que informan los numerales 35 párrafo segundo de la Ley no.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil. Igualmente, puede verse la resolución no. 646-F-

2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001. En ese sentido, ha de entenderse e interpretarse el origen y alcance del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor que instituye una responsabilidad objetiva al productor, proveedor y comerciante que lesionen la esfera jurídica del consumidor por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su uso y riesgos. De esta manera, deben responder independientemente de incurrir en culpa. La única excepción se da, si demuestran que han sido ajenos al daño...”
(Consúltense entre otras las resoluciones no. 655-F-2007 de las 15 horas 5 minutos del 19 de setiembre de 2007 y no. 300-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009).
(Voto N° 00039 – 2014 de las 13:35 horas del 09 de junio de 2014).

Regímenes de la Responsabilidad Civil

En cuanto a los regímenes de la responsabilidad civil debe indicarse que tenemos tres, sea aquel que surge de la conducta de las personas, haya o no convenio entre partes, segundo, aquel que se origina del riesgo creado que se origina de la explotación comercial o industrial y, como tercero y último, el régimen que nace de la propia ley.

Responsabilidad Civil Contractual

La responsabilidad contractual es aquella que emana del incumplimiento contractual, aquella que ante la no satisfacción de la prestación a la cual se comprometió el deudor cumplir a favor del acreedor, implica que lo pactado a través de un contrato se quiebre y surja con esto, la responsabilidad de responder por los daños que dicha acción haya provocado. La responsabilidad civil contractual es la que da mérito a la solicitud de ejecución forzosa de la obligación no cumplida, es la responsabilidad que permite invocar la cláusula resolutoria cuando se está dentro de una obligación sinalagmática, es la misma que siempre permite cobrar daños y perjuicios

aunque no quepa la ejecución forzosa o la resolución contractual, es la responsabilidad que traslada la carga de la prueba al deudor, ya que quien está obligado al pago, es quien debe probar que sí lo hizo. Pago entendido como sinónimo de cumplimiento, como sinónimo de satisfacción del acuerdo de voluntades que implica un contrato como acto jurídico que sirve de vehículo para dar estructura a las obligaciones que nacen de un convenio entre partes. Este tipo de responsabilidad es la que refleja el numeral 702 del Código Civil.

Sobre esta temática al respecto:

Un incumplimiento obligacional, por sí mismo, no conlleva una específica tutela judicial: sólo es la base para exigir ya sea su cumplimiento o la resolución del contrato y, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios a tenor del artículo 1124 CC. (Tàsies, 2019, p.57)

La responsabilidad en cuestión puede igualmente nacer de un incumplimiento relativo, sea específicamente la presencia de mora en el cumplimiento, porque este se hace de forma parcial, mediante una prestación diferente a la acordada sin acuerdo posterior que lo valide o se realiza fuera de plazo. Según la naturaleza de la obligación un incumplimiento de este tipo puede constituirse en incumplimiento absoluto, en el sentido, de que hay un completo desfase entre la prestación proyectada y la prestación realizada, esto desemboca en una transgresión de los requisitos de identidad e integridad del pago.

En razón de estos dos requisitos, un pago puntual inexacto, entendido como aquel cumplimiento que se realiza en el plazo estipulado pero con cosa distinta o igual sin entregar la totalidad, no tendría eficacia. Para que la tenga es necesario que el acreedor receptor participe con su voluntad en la inexactitud y acepte que se le pague con una

prestación diferente o en forma parcial, en cuyo caso se lograrían los efectos satisfactorio, liberatorio y extintivo. (Montero, 1999, p.158)

Responsabilidad Civil Extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana como también se le conoce, es aquella donde el daño causado tiene su origen ya no en una obligación pactada previamente que ha sido quebrantada por parte de un deudor en detrimento de los intereses de su acreedor; sino en el delito o cuasidelito, entiéndase en la conducta dolosa o culposa de un agente dañoso, sea porque ha mediado conocimiento y voluntad en el actuar de este o imprudencia, negligencia o impericia de parte de aquel. Conducta que provoca un daño, razón por la cual hay mérito en ser reparada de forma integral. La conducta dañosa es la fuente de la responsabilidad extracontractual, sin vínculo obligacional que se hubiese convenido de manera anterior. Este apartado se refiere a la responsabilidad regulada en el canon 1045 del Código Civil.

El debate doctrinario sobre la definición adecuada a aplicar en el presente concepto es basto, pero eso no es limitante para poder comprenderlo.

Independientemente de la expresión que se utilice para denominar la responsabilidad extracontractual en su sentido jurídico más pleno, siempre implica la obligación de reparar un daño causado a otra persona, sin que medie relación contractual entre ambos. En ese sentido jurídico la responsabilidad tiene como fundamento el principio neminen laedere, que proscribe que nadie puede causar daño a otro y que, por lo mismo, “una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar el daño sufrido por otra”. (Velásquez, 2009, p. 12-13)

Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva Indirecta. La responsabilidad civil subjetiva indirecta atiende al daño por el cual se debe responder consecuencia de la conducta dañosa generada por un tercero, es decir, es la responsabilidad que un sujeto debe atender consecuencia de un hecho ajeno, por existir de por medio culpa in eligendo y culpa in vigilando.

La llamada culpa en la elección o en el cuidado, es realmente la responsabilidad extracontractual que surge de la autoridad que se tiene o ejerce sobre un tercero, lo cual significa tener personas a nuestro cargo o que nosotros debamos elegir las mismas para una determinada labor o tarea. Esa autoridad que se menciona es lo que convierte a quien la ostenta en persona civilmente responsable.

El Código Civil de Costa Rica regula lo anterior. El artículo 1047 indica que *“Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.”*; mientras que el canon 1048 del mismo cuerpo normativo en sus tres primeros párrafos reza *“Los Jefes de Colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años. Cesará la responsabilidad de las personas dichas si prueban que no habrían podido impedir el hecho del cual se origina su responsabilidad, ni aun con el cuidado y vigilancia común u ordinaria. El que encarga a una persona el cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la*

debida diligencia en vigilar. Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.” (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

Al respecto se indica:

Quiere la ley no solo que seamos cautelosos en nuestros propios actos, sino que, además, tengamos celo con respecto a la conducta de las personas que están bajo nuestra guarda y cuidado. Por ello, al civilmente responsable se le presume culpable de haber obrado con negligencia en la guarda y vigilancia de la persona a su cuidado que ha causado un daño a un tercero. (Velásquez, 2009, p. 494)

Igualmente, es importante indicar que existe de parte del ordenamiento jurídico un interés de ampliación del espectro de atribución, en el entendido que se amplía la gama de eventuales personas que pueden ser señaladas como responsables del hecho dañoso y con ello, incrementar de igual forma las posibilidades de ser indemnizado a quien ha padecido un daño consecuencia de esa falta de debida diligencia por quien estaba obligado por orden de ley a vigilar o elegir adecuadamente.

Asimismo, es importante recalcar el efecto disociativo a nivel de la conducta generadora del daño, sea entre quien la comete y entre quien se le imputa no sólo la responsabilidad, y con ello, el deber de resarcir.

Sobre este punto en concreto se ha dicho:

Lo peculiar de este tipo de responsabilidad es la separación subjetiva entre la persona que causa el daño y la persona que responde por él, cuyas posiciones son distintas con independencia de que entre ambos preexista ese vínculo o relación. Se conjugan así dos planos diferentes desde el punto de vista de los sujetos que se colocan frente al perjudicado: el plano de la imputación causal del daño y el plano de la imputación jurídica de ese daño. Esta disociación subjetiva, que es característica en el mecanismo de la responsabilidad por hecho ajeno, contrasta con el paradigma clásico de la responsabilidad individual en nuestro derecho de daños conforme al cual la persona responsable (imputación jurídica) coincide con la persona que ha causado materialmente el daño (imputación causal). (Pérez – Caballero, 2020, p. 23-24)

Responsabilidad Civil Extracontractual Objetiva. Cuando se hace referencia a la responsabilidad civil objetiva, se atiende a un tipo de responsabilidad donde la misma no nace de una conducta personal como tal, es decir, se omite con esto el comportamiento de la persona causante de un daño. En la responsabilidad civil extracontractual objetiva hay un enfoque hacia el riesgo creado que surge a través de la explotación o puesta en marcha de una actividad que con su desarrollo u operación beneficia a quien la ejecuta, pero que, de igual forma, dicha actividad por su mero desempeño puede provocar un daño.

El elemento conducta desaparece y, por lo tanto, deja de ser valorado al momento de atribuir a alguien la producción de un daño. Este tipo de responsabilidad ha sido desarrollada con el fin de que una parte afectada consecuencia de un daño padecido, pueda ser resarcida y restablecida a su situación jurídica anterior. Sin embargo, por dejar de ser tomado en consideración el factor conductual, hay un enfoque al elemento riesgo. Esto permite ampliar el espectro u alcance

del derecho de daños, para que ante la ausencia de una conducta que pueda ser señalada como causa generadora del daño, quien padezca aquel, no vea denegado su derecho a ser indemnizado.

El uso o explotación lícita de una cosa o actividad conlleva de forma implícita un riesgo o peligro, en el sentido de que, aunque se actúe dentro del marco de la licitud, ese uso o explotación eventualmente puede provocar a otro un daño.

Asimismo, este tipo de responsabilidad se caracteriza porque quien alega no está obligado a demostrar que ha mediado culpa o dolo de un agente dañoso, y que dicho comportamiento conlleva la obligación de reparación; sino que la carga de la prueba se invierte para quien desarrolle la explotación creadora del riesgo al cual se le atribuye la producción del daño que se reclama. Esa inversión de la carga de la prueba colabora en la ampliación del espectro de protección del ordenamiento jurídico a quien es víctima de un daño.

Lo anterior tiene total relevancia cuando el avance de la técnica gracias al desarrollo tecnológico deshumaniza y despersonifica el desarrollo del comercio y la industria.

El Código Civil en el numeral 1048 párrafo quinto da el fundamento legal para la aplicación de la llamada teoría del riesgo creado, el cual nuestros tribunales han desarrollado con su interpretación. La norma citada dice:

Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

Por otro lado, es de vital importancia dejar claro que el derecho de daños si bien tiene como función principal la reparación integral del daño, este también cumple una función de carácter cautelar. Lo anterior, porque estimula a la prevención de riesgos y consecuentemente, de los daños que estos pueden generar.

Al respecto se ha expuesto:

Desde el punto de vista del Análisis Económico de Derecho la imposición de la responsabilidad objetiva tiene su justificación en la prevención de daños. Se ha dicho que la imposición de la responsabilidad objetiva a las actividades de alto riesgo se justifica de diferentes maneras y depende de si entre el demandado y la víctima existe una relación de mercado (market relation), hecho que ocurre en caso de productos defectuosos. En los supuestos en los que tal relación no existe, se ha señalado que la regla de responsabilidad crea no solamente incentivos para prevención eficaz de perjuicios, sino también es capaz de inducir niveles eficaces de la actividad. Cuando se aplica la regla de la responsabilidad por culpa, el demandado no es responsable si ejerce un nivel de cuidado que equivale o excede el deber de diligencia, se desentiende del riesgo restante y, por tanto, sobrepasa el nivel de la actividad que maximiza bienestar. Por lo contrario, la responsabilidad objetiva lleva al cuidado óptimo y a un eficiente control de actividad, dado que el demandado en cada caso internalizaría riesgo de responsabilidad en su totalidad. Por tanto, como se suele argumentar, la regla de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva equivalen en cuanto a los incentivos para prevención de daños. Esta última, sin embargo, parece ser una solución mejor en términos de control de las actividades peligrosas.

(Lubomira, 2021, p.15-16)

Responsabilidad Civil Legal Objetiva

Líneas previas se hacía referencia a la responsabilidad objetiva que emana de una dinámica extracontractual, donde la atribución de aquella nace no de un comportamiento humano, sino de una actividad que desemboca en la creación de un riesgo. No obstante, la responsabilidad civil objetiva puede tener su origen ya no en un riesgo creado, sino en la misma ley. Es la norma legal la que señala cuando situaciones jurídicas señaladas como dañosas y susceptibles de reparación, no tienen su génesis en una conducta humana, pero tampoco en un riesgo per se.

El ordenamiento jurídico costarricense tiene varios ejemplos de aquello, pero los principales son los determinados en cuanto a la responsabilidad del Estado – como persona jurídica por excelencia – frente a sus administrados, el de la responsabilidad de los comerciantes frente a los consumidores y, por último, el de la responsabilidad de los propietarios registrales de vehículos automotores frente a las víctimas de un accidente de tránsito sobre vías públicas y terrestres.

Sobre este tema se profundizará más adelante.

Criterios de Imputación o Atribución de la Responsabilidad Civil

Los criterios de imputación o de atribución de la responsabilidad civil responden al tipo de responsabilidad del cual se trate, sea de carácter subjetivo u objetivo.

La responsabilidad civil subjetiva responde a una conducta de carácter doloso o culposo. El dolo implica conocimiento y voluntad sobre la acción u omisión generadora del daño, mientras que la culpa, engloba una falta al deber objetivo de cuidado o de debida diligencia, consecuencia de un actuar dominado por la imprudencia, la negligencia o la impericia. Sin embargo, la atribución, aunque atienda al dolo o la culpa y si bien esto puede incidir en el juicio de reprochabilidad que se practique, no incide en la existencia o inexistencia del daño como tal, ya

que basta con demostrar la antijuridicidad de la conducta y que la misma haya sido generadora de una lesión a un bien jurídico, para que aquella tenga mérito a ser indemnizada.

Por su parte, la responsabilidad civil objetiva obedece ya no a una conducta, sino al riesgo creado por el agente dañoso o a la ley misma. En este caso, es el mero daño surgido de dicho riesgo el que da mérito al resarcimiento, ya que la atribuibilidad responde a la producción como tal de este; pero de igual manera, son las situaciones jurídicas categorizadas como dañosas por el ordenamiento legal, las que se convierten en meritorias de indemnización, es decir, en este último caso, hay una imputación de la responsabilidad por disposición directa de la ley.

Por otro lado, es importante señalar que la responsabilidad civil subjetiva sólo puede ser atribuida a una persona física o jurídica; siempre que aquel goce de capacidad de actuar. En el caso de la responsabilidad que emana del vínculo contractual, obliga a quien se comprometa que este tenga capacidad suficiente no sólo para ser acreedor de derechos, sino generador de obligaciones. Asimismo, la capacidad de actuar es necesaria para ser imputado por la producción de un hecho dañoso que debe repararse y cuya génesis es extracontractual. Sin embargo, en este caso en concreto, la capacidad de obligarse extracontractualmente exige a la luz del artículo 1048 del Código Civil de Costa Rica, una edad inferior a la que otorga la mayoría de edad, sea la edad de quince años.

Sobre este extremo tratado Pérez (1994) manifiesta:

Puede considerarse que este es un caso donde la capacidad natural tiene relevancia a pensar de la genérica incapacidad de actuar del sujeto. La posibilidad de que el menor de edad, pero mayor de quince años se obligue extracontractualmente con acto propio es un implícito reconocimiento de su capacidad cognoscitiva y volitiva con referencia al marco

de lo ilícito, pues la responsabilidad civil presupone la capacidad de entender en los supuestos de responsabilidad subjetiva. (p.405)

En cuanto a las personas catalogadas históricamente como incapaces por el ordenamiento civil, en Costa Rica en el año 2016 se dio un cambio de paradigma con la aprobación de la Ley N° 9379 para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Esta ley al amparo del principio de dignidad humana, según su artículo primero, promueve y asegura a las personas con discapacidad el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal. Para lograr este objetivo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana.

Asimismo, en el numeral 5 de esta ley, se indica:

ARTÍCULO 5- Igualdad jurídica de las personas con discapacidad. Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica:

- a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar.*
- b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses.*
- c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona.*

Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a

su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley 9747, Código Procesal de Familia de 23 de octubre de 2019. La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad. (Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. 18 de agosto de 2016)

Por otra parte, la Sala Primera de la Corte Primera de Justicia ha señalado sobre los criterios de imputación en materia de responsabilidad civil lo siguiente:

Previo al análisis de la sentencia, y por lo que se apuntará en los siguientes considerandos, conviene referirse a la relación existente entre el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 35 de la Ley del Consumidor y aquellos otros previstos para las relaciones entre particulares, en especial, el contractual y extracontractual regulados en los artículos 702 y 1045 del Código Civil. Cabe señalar que la principal diferencia entre el primero y los segundos es que aquél es de índole objetiva mientras que estos se basan, fundamentalmente, en un esquema subjetivo (con algunas salvedades como las dispuestas en el precepto 1048 del Código Civil). Así, la prescindencia de la culpa o el dolo se erige como el principal criterio de distinción, con las consecuencias a nivel probatorio que de esto se deriva. Lo anterior explicita que los regímenes en cuestión presentan diversos criterios de imputación. Mientras que en la Ley del Consumidor, además del elemento estrictamente objetivo derivado de la utilización del bien o el servicio, se incorporan por disposición expresa de la norma la teoría del riesgo y la falta de información, en el caso

de los preceptos del Código Civil la responsabilidad surge a partir de la existencia de culpa (falta, negligencia o imprudencia) o dolo. Los anteriores conceptos constituyen los distintos criterios de imputación de la responsabilidad. Consecuencia de lo anterior, una misma conducta dañosa puede subsumirse en uno o varios de estos criterios de atribución. De allí que esta Sala, en el voto 300-F-S1-2009 de las 11 horas 25 minutos del 26 de marzo de 2009 haya señalado que nada obsta para que en una relación contractual se aplique el régimen previsto en el numeral 35 de la Ley del Consumidor. Por lo expuesto, no es admisible el alegato formulado en cuanto a que esta norma sea aplicable únicamente en conflictos de carácter extracontractual. Claro está, al margen de cuál criterio de atribución sirva de fundamento al resarcimiento, este es uno solo, derivado del principio constitucional de reparación integral del daño, por lo que lo apuntado no debe entenderse como la posibilidad de reclamar responsabilidades acumulativas. (Voto No. 200 – F – S1 – 2012 de las 9 horas 40 minutos del 16 de febrero del 2012)

El Dolo y la Culpa

Estos criterios de imputación o atribución si bien pueden explicarse de manera individual, la explicación separada pierde interés, porque los mismos responden a la naturaleza de una conducta que los concreta, pero carece de relevancia dentro de la reparación que conlleva la responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal que surge del delito. Lo anterior, porque en el mundo sancionatorio, la conducta dolosa es castigada como mayor severidad por ese conocimiento y voluntad que incorpora, a diferencia de la conducta culposa que es consecuencia de una falta al deber de debida diligencia, porque ha mediado negligencia, impericia o imprudencia. No obstante, el hecho de que una conducta generadora de un daño responda al dolo o culpa, influirá sin lugar a duda en el juicio de reprochabilidad que un tribunal pueda ejercer,

especialmente a la hora de conceder daños resarcibles que para liquidarlos están sometidos a un criterio de equidad como puede ser por ejemplo el daño moral.

Por otro lado, el dolo, también asimilado como la llamada culpa grave, y la culpa, en el marco de la responsabilidad civil, sí gozaban de relevancia al momento de atribuir esta responsabilidad cuando no se distinguía de la responsabilidad penal o la distinción entre una y otra atendía a criterios pocos claros, generando una zona gris entre aquellas. Actualmente, dicha distorsión conceptual es historia y consecuencia de lo anterior, es que el dolo o la culpa como criterios de imputación hayan perdido importancia.

El análisis minucioso del estado psicológico en que consiste la culpa, lleva a distinguir el dolo de la culpa extricto sensu, en la que puede exteriorizarse una intensidad decreciente de lo reprochable. Ambas tienen de común la voluntariedad del hecho productor del daño; al dolo hay que añadir la voluntad de dañar mientras que la culpa en sentido estricto se caracteriza de una forma que es más difícil de poder definir. Corrientemente se suele decir que en ella concurre la ausencia de previsión del daño que se pudo prever (noción ésta que encuentra sus raíces en el Digesto; véase, al propósito D.9.2.31: «... culpam autem esse, quod cum a diligenti provideri poterit, non esset provisum...»); pero sosteniendo esto, no se tiene en cuenta a la llamada «culpa con previsión». Esta última se verifica cuando el daño se prevé como efecto del hecho productivo del mismo, sin ser, por consiguiente, querido; se ha observado justamente que a su amparo se configura un problema de límite entre el dolo y la culpa. Este problema se resuelve preferentemente en el sentido de clasificar en la culpa en vez de en el dolo, la «culpa con previsión», dado que, para determinar el dolo, no es suficiente con que se produzca la previsión del daño, sino que es necesaria la voluntad de dañar. Por consecuencia, el ámbito de la culpa es de tal entidad

que requiere se modifique su definición corriente: Se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria. (De Cupis, 2020, p. 97 - 98)

Teoría del Riesgo Creado y la Ley

El riesgo creado como criterio de atribución o imputación de la responsabilidad civil objetiva, es aquel que permite superar al dolo y la culpa como criterio único de atribución, y es el que brinda las bases para el régimen de responsabilidad desarrollado en el artículo 1048 del Código Civil costarricense; mientras que la ley por si misma se constituye en criterio de atribución o imputación de la responsabilidad civil objetiva en los regímenes de responsabilidad que se estructuran en los numerales 197 y 199 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres de Costa Rica cuando establece la responsabilidad solidaria de los propietarios registrales de vehículos que se han visto involucrados en accidentes de tránsito por colisión; en el régimen de responsabilidad del Estado a partir del artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública o en el régimen que emana como consecuencia de la protección al consumidor amparada en el canon 35 de la Ley de Protección al Consumido y Defensa Efectiva de la Competencia.

Es importante rescatar que la objetivación de la responsabilidad civil ha ido desarrollándose a un punto, donde la misma ha pasado de estudiarse desde una óptica accesorio, a hacia una perspectiva de carácter principal. Inclusive, este giro hacia el análisis del daño per se, deja de lado el factor conducta, lo cual es lo que ha llevado a un sector de la doctrina a hablar del derecho de daños y no de responsabilidad civil.

Al respecto se ha escrito:

En conclusión, se debe dar cuenta de cómo las últimas directrices legislativas, doctrinales y jurisprudenciales parecen tender hacia una nueva concepción de la relación entre los criterios subjetivos y objetivos para la imputación del ilícito civil. Si, en realidad, los primeros han constituido tradicionalmente las “bisagras reales de la responsabilidad civil”, por el contrario, las áreas de responsabilidad sin culpa dieron “la impresión de ser marginales, laterales, complementarias al sistema fundado en la culpa”, actualmente, la relación entre la regla y la excepción parece haberse invertido. La expansión de las hipótesis legislativamente codificadas de la responsabilidad objetiva, el desprendimiento de aquellas derivadas del código de los rezagos del enfoque tradicional, así como una tendencia a objetivar incluso los principios de imputación culposa, parecen restituir al intérprete un cuadro en el cual la culpa pudiera ser relegada a un papel marginal, aunque se mantiene en el centro del sistema. (Woolcott-Oyague et al., 2018, p. 93)

Principio de Debida Diligencia

En el ordenamiento jurídico costarricense el principio de debida diligencia se ha identificado en algunas normas bajo la consigna del deber de actuar como un buen padre de familia. Esta concepción desprende una lógica que invita a interpretar la actuación de quien puede ser señalado subjetiva u objetivamente como agente generador de un daño, como aquel que ha puesto los medios suficientes y pertinentes para que el daño no se concrete aun y cuando, el desarrollo de una conducta o una actividad conlleva el riesgo de que este se materialice. Además, el ejercicio del deber de cuidado en las distintas conductas o actividades que puedan realizarse se constituye en parámetro para determinar si hubo o no un daño sobre el cual se deba responder. La capacidad de probar el respeto a este principio puede no solamente atenuar la reprochabilidad sobre el daño causado, sino que puede incluso excluir la responsabilidad sobre el mismo. Dicha exclusión sería

la consecuencia natural de que un hecho dañoso, aunque fuese previsible, su materialización era inevitable, razón por la cual el daño tendría como causa una situación sobrevenida que eximiría de la responsabilidad achacada.

Montero (1999) indica sobre lo anterior:

El ordenamiento costarricense no regula la especial diligencia que debe haber en cada caso concreto, sino que hace derivar la diligencia media, normal o genérica de un buen padre de familia, como se expresa, entre otros, en el artículo 698 en cuanto a la obligación secundaria de conservar, en el 1048 respecto a la responsabilidad indirecta; en el 1296 referido a la gestoría de negocios; en el 1336 en cuanto al comodato y en el 1349 que se refiere al depósito. El principio de buen padre de familia se ha interpretado por la jurisprudencia, como el comportamiento que comúnmente se podría esperar en cada determinada situación: “Las medidas necesarias que las circunstancias exigirían”. Sentencia de Casación #73 del 16 de julio de 1959, Tomo I, Segundo Semestre, Página 116. (p.315)

Asimismo, se menciona que, de haber atendido el citado principio, la probanza de aquel puede influir en el juicio de reprochabilidad que se practica a la conducta o hecho dañoso, al punto de poder eximir la eventual responsabilidad de quien es señalado como deudor incumplidor o agente dañoso. Este ejercicio probatorio cae dentro del marco del derecho procesal, precisamente porque es a través del proceso, sea este judicial o arbitral, mediante el cual se lleva a la práctica.

Parajeles (2000) menciona:

No obstante, en los sistemas procesales basados en la oralidad (por audiencias), la prueba se separa de ese concepto y tiende a considerarse como un medio de convencimiento al

juez; esto es, prueba como convicción ya que las partes deben convencer al juez de sus afirmaciones con la prueba propuesta. No es el juez quien debe investigar y menos verificar, sino que las partes deben convencer al juez. (p.143)

Principio de Causalidad

El principio de causalidad o nexo causal – como comúnmente es referido – podría resumirse en la siguiente expresión: es el vínculo existente entre el hecho generador del daño y el daño como tal, por lo tanto, el daño es una consecuencia inmediata y directa del hecho que lo provoca. Razón por la cual, si ese engarce entre el hecho generador y el daño no se verifica, el nexo causal no existe y ante esto, no puede atribuirse la responsabilidad y no cabría mérito alguno para resarcir.

El principio de causalidad debe hacerse presente a nivel de la responsabilidad civil que nace de una relación obligacional incumplida o del daño que emana de una acción u omisión dañina que se ejecuta de manera extracontractual. Así como, de una actividad generadora de un riesgo. Si esa conexión de causa – efecto que se ha descrito no se determina, la responsabilidad no se concreta.

Lo anterior exige que quien invoque un daño, no sólo debe probar la existencia de este, sino que debe probar el enlace entre el hecho productor y el daño mismo. Esto, porque conforme se expuso, sin nexo causal no puede hablarse de responsabilidad. El daño no desaparece, el daño existe, pero no puede atribuirse responsabilidad alguna sobre aquel.

Al respecto el numeral 704 del Código Civil indica:

En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

La norma expuesta debe interpretarse de forma analógica según permite el numeral 12 del Código Civil cuando estemos en presencia de un caso por responsabilidad civil extracontractual o por responsabilidad objetiva. El mencionado artículo expresa:

Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

Por su parte, la Sala de Casación Civil si bien ha hecho muchas veces énfasis en la exigencia de la existencia del nexo causal para la atribución de la responsabilidad civil, pocas veces ha analizado dicha relación de forma tan profunda como se observa en la siguiente cita.

XIV.- El nexo causal como presupuesto de responsabilidad. La diversa tipología de las causas. Establecida en términos generales, que la anormalidad e ilicitud del comportamiento omisivo puede producir la responsabilidad patrimonial de la Administración, resta por establecer si la inacción administrativa del Ministerio de Salud por no verificar, de previo a emitir el permiso de salud y de funcionamiento, si el redondel cumplía con los estándares que dispone la Ley General de Salud, fue la causante directa o indirecta del daño, dado que la estimación de la demanda depende de la demostración de la existencia de un nexo causal, en su tradicional noción de causa-efecto. Al respecto cabe recordar que, en la producción del daño, suelen concurrir con frecuencia múltiples factores, dentro de los cuales es preciso determinar aquellos que

directa o indirectamente son causa eficiente y adecuada del mal causado (sobre la causa próxima, adecuada y eficiente, puede consultarse la sentencia ya citada de esta Sala no. 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). En esa confluencia de elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, el Juzgador debe establecer, con base en las pruebas del proceso, si la acción concreta que consiste en un funcionamiento administrativo, o bien la abstención de desplegar el marco funcional que le impone el Ordenamiento Jurídico, es causa apta para la generación del daño, tanto y como en su momento lo desarrolló la doctrina alemana (Luis Von Bar, 1871 y posteriormente ampliada por J. von Kries, 1888). Este espectro de análisis abarca incluso, según se ha indicado de antemano, a las omisiones, que por tales, se asocian al criterio de anormalidad e ilicitud, ambas, situaciones que pueden dar paso al régimen de responsabilidad administrativa. Es decir, para inferir la eficiencia de la causa que se tiene por adecuada, es indispensable deducir si es la productora de la lesión, de manera que de eliminarse, es racional deducir que el daño no se hubiera producido. Lo anterior supone un ejercicio valorativo para desplazar del marco de consideración, las causas que no han tenido ninguna influencia en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber tenido lugar, hubiesen evitado el menoscabo. Se trata de una especie de prognosis objetiva, a través de la cual se pueda afirmar que con tal acción u omisión es lógico o probable que se produzca el daño específico. En esta inteligencia, el nexo causal se impone como el inexorable vínculo relacional entre el daño y la conducta administrativa, de modo que sin esta, aquel probablemente no se hubiese producido. Claro está que la determinación de este factor depende en alto grado del examen de las pruebas traídas al proceso por las partes litigantes. A partir de ellas, el Juzgador puede deducir si dentro del cuadro fáctico

particular, las acciones del Estado conllevan a su responsabilidad, por haberse asociado su funcionamiento a la generación de las lesiones. Dentro de un análisis del nexo de causalidad que debe asociar la conducta de la Administración al efecto lesivo a los derechos o intereses del particular, en el marco explicitado en los considerandos precedentes, es de estimar si esta conducta administrativa (omisiva en la especie), puede considerarse como la causa adecuada que produjo por consecuencia y efecto derivado, el daño que se reclama. (Voto No. 308 – F – 2006 de las 10 horas 30 minutos del 25 de mayo de 2006)

Causas Eximentes de Responsabilidad Civil

Cuando se menciona las causas que eximen de la responsabilidad civil que surge de un daño causado, se hace referencia a las causas que desligan el factor imputabilidad entre quien comete el daño y este mismo. Aunque dicho daño sea una consecuencia inmediata y directa de una conducta o hecho generador de quien le es atribuido.

Es decir, las causas que eximen de la responsabilidad civil son causas que justifican el hecho o conducta dañina, lo cual hace desaparecer la antijuridicidad de aquella, aunque el daño se haya materializado.

La exención tiene como consecuencia que sea imposible atribuir responsabilidad alguna, desencadenando con esto, la ausencia justificada de indemnización a favor de quien ha padecido el daño.

Las causas son varias, entre ellas:

Fuerza Mayor y Caso Fortuito

En el mundo jurídico anglosajón se refieren a estas a través de un único concepto, sea como “act of God”, que puede traducirse como acto de Dios o acto divino, en alusión a la trascendencia del hecho generador de un daño que no tiene conexión alguna con una acción humana voluntaria o contraria al principio de debida diligencia de quien le es atribuida la responsabilidad.

El daño tiene su génesis en el actuar humano o en un acontecimiento de la naturaleza que está fuera de la esfera de control de quien es señalado como responsable de este. Se debe afirmar, por lo tanto, que el daño se origina de una imposibilidad sobrevenida.

Montero (1999) explica:

La concepción del caso fortuito se fundamenta en el acontecimiento que el deudor puede prever, pero no evitar y es producido por la naturaleza; en tanto que, la de fuerza mayor, como el suceso que no se puede prever ni evitar, y son producidos por el hombre. (p. 316)

Hay que recalcar que la distinción anterior tiene relevancia únicamente para efectos de una debida técnica jurídica al momento de exponer sus argumentos el operador en Derecho. Sin embargo, de lo contrario, la distinción que se expone supra no tiene mayor incidencia en el efecto eximente que genera. Por diferentes que sean, hablen de uno y otro, el daño que surge de estos no puede ser imputado a nadie.

No obstante, el análisis de un caso donde se invoque este tipo de exenciones no estará libre de cuestionamientos según enseña la experiencia, porque se estudiarán aristas múltiples que permitan verificar si estas causas de justificación aplican o no. Debe recordarse que un hecho productor de un daño no puede calificarse como si fuese un elemento químico de la tabla periódica, ya que no es una situación pura, en el sentido que su materialización se dio consecuencia de varios

factores, por lo tanto, su origen no es aséptico. Claro está que será la prueba que respalde el daño la que dará esos insumos para aceptar o descartar la fuerza mayor o el caso fortuito como causa eximente de la responsabilidad civil.

Culpa del Acreedor

En primer lugar, cuando se habla de la culpa de acreedor, se hace referencia a la exención que favorece al deudor, quien no puede ser calificado como deudor incumplidor porque la no satisfacción de la prestación pactada es consecuencia del actuar culposo o doloso del acreedor de la obligación. Es decir, el deudor es inimputable de la responsabilidad sobre el incumplimiento, porque la intervención del acreedor impidió que el primero cumpliera lo acordado.

Paradójico o no lo anterior, ya que, si analizamos los efectos del pago o cumplimiento de una obligación, se sabe que existe un efecto liberatorio para el deudor cuando hace buen pago, un efecto satisfactorio para el acreedor cuando recibe buen pago y un efecto extintivo para la obligación per se. Sin embargo, la falta al deber de cuidado o un actuar doloso de parte de quien tiene derecho a exigir el cumplimiento, puede provocar que el deudor se vea liberado de su obligación porque le fue imposible satisfacerla.

Al respecto indica el Código Civil en su artículo 702 menciona:

El deudor que falte al cumplimiento de su obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito. (Código Civil. 28 de septiembre de 1887)

Culpa de la Víctima

En otro orden de ideas, se debe hablar de la culpa de la víctima como una causa eximente de responsabilidad del agente dañoso o en caso dado, como una causa de atenuación de la responsabilidad atribuida. En este último caso en específico, se hace presente la llamada culpa concurrente o concurso de culpas como algún sector de la doctrina le conoce.

La culpa de la víctima exime de la responsabilidad civil. A quien se señala como agente productor se ve eximido de reparar el daño que se le imputa, como consecuencia de que el generador del daño no es este, sino quien lo ha padecido.

A simple vista, esto resulta contradictorio, porque nadie desea ser víctima de un daño y menos aún, ser el generador de aquel. Sin embargo, esto es posible, consecuencia de un actuar imprudente o negligente del perjudicado, quien omitió su deber de debida diligencia, quien pudiendo prever y evitar el daño, lo termina haciendo. Es en este escenario descrito, que la culpa concurrente sale en escena, precisamente porque la atribución del daño a un sujeto diferente de quien es víctima de aquel responde al hecho de que, en algunas ocasiones, aunque haya mediado culpa de la víctima, la responsabilidad no recae plenamente en esta última. Ante esto, la compensación opera entre el agente productor y la víctima, lo que constituye, por lo tanto, en una causa ya no de exención, sino de atenuación.

La ausencia de fundamento legal que regule lo anterior, no es impedimento para que se aplique, ya que por interpretación analógica del canon 702 del Código Civil citado, se puede entender y aplicar la culpa de la víctima dentro del marco sí normado, de la culpa del acreedor.

En la doctrina española se obtiene manifestaciones que complementan lo expuesto, como las que realiza Medina (2013), que a continuación se copian:

Para que pueda hablarse de responsabilidad civil se requiere la existencia de un daño; y para que haya daño es imprescindible la concurrencia de dos sujetos: el agente y el paciente. La víctima, aunque sólo sea por su presencia en el evento dañoso, siempre colabora físicamente en la causación del daño que sufre, pero, en muchos casos, dicha participación resulta intrascendente porque la única causa jurídica del perjuicio es la aportada por el agente; en otros, la actuación de la víctima sí resulta relevante y constituye causa jurídica del daño. Por ello, cuando se hace referencia a la culpa de la víctima como circunstancia exoneradora de la responsabilidad civil del agente, no estamos aludiendo a su participación pasiva en la causación del daño, sino a su contribución activa. La actuación de la víctima ha de ser causa adecuada del daño (causa causans), y no simple condicio sine qua non, pues de otro modo se llegaría a afirmar que la conducta de la víctima es siempre causa del daño sufrido. Por tanto, el resultado dañoso puede producirse sin intervención alguna de la víctima, pero también puede tener su origen (causa jurídica) en su actuación, exclusiva o concurrente con la del agente dañoso. Esta actuación causal ha de ser observada desde la perspectiva del sujeto reputado como agente, porque para él dicha conducta constituye un elemento extraño (el daño se ha producido ex aliena causa) que puede romper el nexo causal (culpa exclusiva) o interferirse en él (culpa concurrente). En ambos casos se dice que el daño ha sido causado por la culpa de la víctima, porque «para que el daño pueda ser imputado al agente, lo único que se exige es que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal extraña a la primera», dado que «cuando interviene el hecho extraño, es éste y no el originario el causante del daño». (p.123-125)

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto:

IV.- Si bien es cierto, que la eximente de responsabilidad de culpa de la víctima no se encuentra establecida en esos términos en el canon 35 de la Ley 7472, su aplicación sirve como fundamento para demostrar la ajenidad del daño y de esa forma liberar la responsabilidad atribuida en caso de acreditarse. Echando mano de ello, esta Sala ha permitido el uso de la figura, de ahí que el Tribunal no incurre en arbitrariedad alguna, al utilizar la eximente de culpa de la víctima. (Voto No. 2190-F-S1-2020 de las 11 horas 27 minutos del 13 de agosto de 2020)

El Daño

Construir una definición del daño, es aspirar a la generación de un concepto cuyo desarrollo podría aseverarse, es inagotable. La historia demuestra que la idea de daño es una abstracción en constante evolución, la cual es determinada por el constante y permanente avance de la técnica. La idea de daño no es la misma desde que se reconoce socialmente la obligación de no dañar, pasando por la revolución industrial hasta el avance tecnológico actual, donde las ciencias han trascendido al átomo, donde el medio ambiente está sujeto a una obligada conservación y donde la persona también es reconocida como consumidor. El concepto de daño no puede ser el mismo cuando no basta reparar, sino que hay que prevenir.

Así las cosas, para comenzar el análisis respectivo del concepto de daño, analizaremos las teorías en torno a este, sean la teoría de la diferencia, la teoría del daño concreto y la teoría del daño normativo.

Al respecto Álvarez et al. (2014) refieren:

Teoría de la diferencia

La primera que aparece en el tiempo es la “differenztheorie”, la cual, bajo el prisma de que el daño se produce en el patrimonio de una persona, considerado en abstracto como una suma global de valores y su magnitud será la de la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo. Dada la complejidad de la comparación, tanto la doctrina alemana como la italiana, donde sus tribunales la acogieron con más entusiasmo, la han criticado por ser excesivamente abstracta y por reducir arbitrariamente el daño al campo patrimonial, contradiciéndose completamente, con el dato real de que el daño puede recaer en la persona y sus atributos, se configuren, o no, como derechos subjetivos. En consecuencia, su puesta en práctica exigiría tan complejas operaciones, como la de computar en el patrimonio, los eventuales lucros ligados al daño o las pérdidas de oportunidades unidas al mismo.

Teoría del daño concreto

La reacción contraria a este planteamiento dio lugar a la teoría del daño concreto elaborada por WALSMANN, conforme con la cual, el daño patrimonial es “el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o menoscabo de determinados bienes patrimoniales.” La valoración del perjuicio tiene la ventaja de ser concreta y un tanto estándar, pues se fija teniendo en cuenta el valor que el bien dañado tiene para cualquier poseedor del mismo. No obstante presentar ventajas frente a la anterior, tampoco ha conseguido superar los problemas planteados respecto de los daños que no tengan naturaleza patrimonial, admitidos entre nosotros desde principios del siglo pasado.

Teoría del daño normativo

En fin también destaca la “normativer shaden” surgida en Alemania y recogida en Italia, con la finalidad de superar la determinación del daño mediante el cálculo diferencial y la compensación patrimonial que se pretende con la teoría de la diferencia. Además desde esta nueva teoría quiere superarse el problema que las dos anteriores planteaban a la admisión del daño no patrimonial. Enfocan la existencia de un daño desde la perspectiva de que este cumpla con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley, los cuales permiten que una determina lesión sea considerada como un daño. (p. 326 - 327)

Las teorías expuestas y la experiencia invitan a desarrollar un concepto capaz de otorgar seguridad jurídica. Algo que, por cierto, de manera muy práctica permite alcanzar la teoría normativa si se quiere ver de dicha manera, al momento de señalar como daño lo que el ordenamiento jurídico establezca. Sin embargo, cuando se observa el caso de Costa Rica con sus normas legales que, si bien han evolucionado, podemos afirmar que someter el concepto de daño a una mera definición normativa, es limitar el alcance de este concepto cuando se reconoce su constante evolución. Por lo tanto, la jurisprudencia y la doctrina siempre se harán presentes como mecanismo de actualización jurídica, y por qué no, actualización normativa en el caso de la primera, aunque carezcan de la estabilidad que la norma legislativa otorga por su diseño de creación y modificación.

Ante esto, estimo que el daño debe recibir una definición simple, práctica, general, pero de igual manera integral, que brinde al operador jurídico la flexibilidad necesaria al momento de aplicarla. Por lo tanto, el daño a mi criterio debe entenderse como el hecho lesivo que menoscabe

cualquier esfera jurídicamente relevante de la persona y que sea merecedora de protección mediante prevención o resarcimiento.

Tipos de Daños

Establecer una categoría de tipos de daños bajo un esquema de *numerus clausus* sería contradecir lo que se ha venido pregonando en las páginas anteriores. No obstante, no está demás utilizar como guía en esta calificación lo que podría denominarse daños patrimoniales y no patrimoniales. Esta categorización general da un punto de partida para referirse a los diversos tipos de daños, y con ello, poder generar una clasificación.

Daños Patrimoniales. A nivel de los daños patrimoniales, los cuales pueden ser denominados igualmente como materiales o económicos, encontramos las siguientes dos especies que a continuación se explican. Gozan de la característica de ser pecuniarios porque pueden ser equiparados a valor monetario, o sea, en dinero. Asimismo, los daños económicos implican una lesión a un derecho o un bien que conforma el patrimonio de una persona.

Daño Emergente. La forma más simple de sintetizar el concepto de daño emergente es entenderlo como un decrecimiento del patrimonio existente, por la consecuencia que conlleva reparar el daño sufrido.

Lamoneda (2021) señala al respecto:

*Constituye **damnum emergens** o daño emergente el coste de la reparación o sustitución de bienes materiales afectados o destruidos, y el gasto derivado o que se va a derivar del hecho causante. El «daño propiamente dicho» como lo denomina la STS 28 noviembre 1983, consiste en la «pérdida sufrida, efectiva y conocida» (STS 31 octubre 1924). (p. 133)*

Lucro Cesante. El lucro cesante se ha conceptualizado como lo que se deja de percibir consecuencia del daño padecido. Ante esto, una manera de entenderlo es como el impedimento a un crecimiento del patrimonio, ya que existía una posibilidad real y altamente probable de que aquello sucediera y la lesión sufrida lo impidió. Por lo tanto, a diferencia del daño emergente, la forma de determinar el lucro cesante es mediante una proyección matemática que ayude a determinar el agrandamiento patrimonial frustrado. Vicente (2017) *sugiere que es una manifestación concreta del daño patrimonial que consiste, en la ganancia que el perjudicado ha dejado de obtener o en la pérdida de ingresos sufrida, consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo.* (p. 8 – 9)

Daños No Patrimoniales.

Daño Moral. Referirse al daño moral implica trascender la esfera de lo material y adentrarse en el mundo de las emociones. Afirmación como la anterior parece extraída de un libro sobre psicología; sin embargo, se sigue en el mundo de lo jurídico, solamente que el haber llegado a este estadio, en el cual las emociones importan desde una óptica jurídica porque un hecho dañoso las vulnera, lo que provoca con ello es una afectación que trasciende el dolor físico, el espacio y el tiempo, significa que la lesión ha golpeado el alma del perjudicado.

Este tipo de daño ha tenido detractores y su aceptación como daño sujeto a reparación por los distintos operadores jurídicos ha sido paulatina, aunque en el caso de Costa Rica ya está suficientemente aceptado y arraigado como para negar su indemnización cuando se reclama y hay mérito para ello.

Las críticas sobre el daño moral se han centrado en dos ejes según mi criterio, uno de carácter ético, porque se cuestiona el lucro sobre el dolor. Aseveración que si fuese aceptada negaría ad portas cualquier reclamo, así como, cualquier pretensión de resarcimiento cuando un

hecho antijurídico es generador de dolor, sea físico o emocional. En segundo lugar, la otra crítica consiste en la dificultad para que este tipo de daño pueda ser tasado y con esto, que goce de patrimonialidad, entiéndase, que sea convertible en dinero.

No obstante, los mecanismos probatorios establecidos en el proceso civil judicial vigente son suficientes para que el daño moral pueda tenerse por cierto, y con esto, resarcido bajo parámetros según dicte el principio de equidad. El daño moral existe en la cosa misma, se desprende de la lesión sufrida como tal. Este modo de justipreciar el daño moral no queda incólume ante sus detractores, pero la experiencia enseña que se convierte en un medio idóneo. Es el juicio de reprochabilidad en su integridad el que permite justipreciar de la manera expuesta.

El daño moral igualmente ha sido estudiado como daño objetivo o subjetivo. En ambos casos se habla de una lesión a un derecho de carácter extrapatrimonial, pero en el daño moral objetivo existe una repercusión indirecta al patrimonio del perjudicado. Ejemplo, una persona quien consecuencia del daño moral padecido, termina perdiendo su carrera y esto conlleva un sufrimiento que trasciende las fronteras de lo perceptible, pero de igual manera, su medio de trabajo le termina siendo arruinado.

Sobre este tema, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

V.- Si bien en el segundo agravio, el recurrente imputa también a la sentencia preterición de prueba documental, es lo cierto, que en realidad lo que cuestiona es el monto otorgado por concepto de daño moral subjetivo, el cual estima fijó el Juzgado sin atender a las circunstancias que rodean al caso, como es la condición etaria, salud y domicilio del ejecutante. Corresponde, entonces, analizarse si el monto fijado se encuentra dentro de los márgenes debidos, en el entendido, de que para este órgano colegiado se tiene por

demostrada la lesión extrapatrimonial cuya indemnización se pretende, conforme estableció el juez de instancia. Al respecto, en la sentencia de esta Sala número 537 de las 10 horas 40 minutos del 3 de septiembre de 2003, en lo de interés, se indicó: “(...) proviene de la lesión a un derecho extrapatrimonial. Sea, no repercute en el patrimonio de manera directa. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas. No requiere de una prueba directa y queda a la equitativa valoración del Juez. Si se trata de daño moral subjetivo los tribunales están facultados para decretar y cuantificar la condena. La naturaleza jurídica de este tipo de daño no obliga al liquidador a determinar su existencia porque corresponde a su ámbito interno. Ello no es problema de psiquiatras o médicos. Se debe comprender su existencia o no porque pertenece a la conciencia. Se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe “in re ipsa”. Tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente. No se trata, entonces, de cuantificar el sufrimiento, pues es inapreciable, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo al cual puede acudir el derecho, para así reparar, al menos en parte, su ofensa.” Para mayor detalle sobre este aspecto, se pueden consultar, entre otros, de este órgano colegiado, los fallos no. 112 ya citado, no.17 de las 14 horas 30 minutos del 21 de febrero de 1996 y no.41 de las 14 horas 40 minutos del 14 de mayo de 1997. Su otorgamiento no guarda una estrecha sujeción a factores probatorios (salvo que se refieran a la relación de causalidad), sino a la prudencia y objetivo arbitrio del juzgador. Sin embargo, su fijación está sujeta a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad,

los que deben ser valorados por la autoridad competente en cada caso, para que su cuantificación sea acorde a Derecho y no lleve a indemnizaciones excesivas que beneficien injustificadamente a una de las partes. Es decir, debe guardar un justo equilibrio derivado del cuadro fáctico específico, cuestión que ha de ponderarse dentro de los límites señalados.” Esto es, una vez establecida la existencia del daño moral y su nexo de causalidad con los hechos analizados en sede constitucional, la determinación del cuántum depende de la equitativa valoración del Juez. En esa dirección, debe atenderse a las circunstancias especiales del caso, así como a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. (Voto N° 194 – F- S1 – 2012 de las 9 horas 05 minutos del 16 de febrero de 2012)

Por otra parte, en lo atinente al daño moral objetivo, la Sala de Casación Civil, en voto de mayoría, ha señalado:

V.- ... Tampoco tienen precio el honor, la dignidad o la honestidad; y en tales casos, como se trata de bienes morales, la obligación indemnizatoria se dirige a reparar el daño moral sufrido, más aquí también puede producirse un daño material indirecto, pues la ofensa al honor puede menoscabar el buen nombre de la víctima y afectarla en su patrimonio, lo que da lugar a la indemnización del daño moral objetivado... Cabe aquí advertir, para que no se interpreten con error las anteriores apreciaciones, que la expresión "daño indirecto" se ha venido usando para hacer referencia al daño que se produce como reflejo o repercusión necesaria de un acto ilícito que vulnera directamente otros bienes jurídicos, no así en el sentido equivalente a "daño remoto", no indemnizable, con que esa misma expresión se usa en la doctrina sobre la causalidad adecuada...". (Voto N°7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970).

Asimismo, es importante rescatar que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el Voto N° 1052 – F – 2009 autorizó aumentar el monto fijado por el damnificado por concepto de daño moral subjetivo. Al respecto López (2014) indica:

El autor de este breve trabajo apoya y celebra la decisión toma por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia N° 1052 – F – 2009 de las 13:50 horas del 8 de octubre de 2009. Con base en el concepto y características sustantivas y procesales de las obligaciones de dinero y de las obligaciones de valor, no cabe duda que sí es jurídicamente posible que el Juez pueda dar una suma de dinero superior a la indicada por el damnificado, en su libelo de demanda, a título de daño moral subjetivo, porque se trata de una auténtica obligación de valor (y no de dinero) en la cual, como ha quedado demostrado, la cuantía no limita ni restringe la posibilidad de que se pueda dar más de lo solicitado por la persona perjudicada con el daño. (p. 203)

Daño al Proyecto de Vida. El concepto de proyecto de vida hace alusión a la idea de realización personal. Es un concepto que trasciende el ámbito meramente patrimonial de la persona, y atiende a la proyección que cada uno hace de su existencia misma. Proyección que está ligada a las oportunidades posibles que cada persona puede llegar a concretar si no hay obstáculos ilegítimos a la materialización de aquellas. Cualquier hecho antijurídico que emane del Estado o de un sujeto de derecho privado puede constituirse en un daño al proyecto de vida de una persona, si el mismo implica un obstáculo a esa proyección personal de realización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido al daño al proyecto de vida de la siguiente manera:

Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona

formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses. (Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú)

Daño Mixto.

Pérdida de Chance. La pérdida de chance o pérdida de oportunidad es un tipo de daño que implica la no materialización de una oportunidad, la cual puede tener repercusiones patrimoniales o no. Esta cercena la oportunidad de obtener un acrecentamiento de un beneficio o la disminución de un menoscabo. La indemnización de la chance perdida atiende al hecho de que una posibilidad en grado de probabilidad no se concreta consecuencia de un hecho antijurídico. Esa probabilidad de concreción exige ser probada para poder conocer que no se está dentro de un marco meramente hipotético o de incertidumbre, que hace que la oportunidad reclamada se tenga por imposible. Es precisamente dicho azar que rodea a esta figura jurídica la que le ha ganado detractores. El grado de probabilidad que se determine en cuanto a la existencia de la oportunidad que se pierde, dará

mérito no sólo a su reconocimiento, sino a su reparación y a la fijación de un justiprecio que permita compensar el daño que se alega padecer.

Existe una modalidad de daño, habitualmente acogida por la jurisprudencia, denominada «daño por pérdida de oportunidad», «perte de chance» o «desaparición de la probabilidad u oportunidad de un suceso favorable» (MAZEAUD, VINEY, ZANONI), y que se refiere a aquellos casos en que el daño consiste precisamente en la frustración, a causa de la acción u omisión del responsable, de la oportunidad de obtener un determinado e incierto resultado favorable (para el patrimonio, en la salud psicofísica). El daño, por tanto, no consiste en la privación del resultado, sino solamente de la oportunidad estadística de obtenerlo. (Lamoneda, 2021, p.129) ...

En todos estos casos, son dos las cuestiones a debatir. Primero, si resulta razonable admitir que la pérdida de una oportunidad constituye, en sí misma, un daño. Lo que merece respuesta afirmativa. Esa pérdida no es un daño incierto; existen determinadas expectativas que merecen un valor jurídico y económico, como cuando se vende un crédito litigioso o un billete de lotería: ese valor dependerá del porcentaje de probabilidades de éxito que conlleve tal oportunidad. El daño no consiste en la pérdida del resultado, sino de la esperanza de conseguirlo. Y, por tanto (i) debe ser susceptible de reparación, y en esto coincidimos con la mayor parte de los autores; y (ii) el problema estará en la valoración de esa pérdida. La segunda cuestión radica en cómo valorar esa pérdida de oportunidad a efectos indemnizatorios. Según lo expresado, la única manera de valorar de manera justa y razonable esa frustración de la esperanza, no puede ser otra que la consideración estadística de la probabilidad de alcanzar el resultado: a mayor probabilidad, mayor indemnización, y viceversa. Si el opositor había ganado con el

número uno los cinco ejercicios anteriores de la oposición, y se le privó de la posibilidad de presentarse al sexto y último, en el que sólo suspende un 1 % de los aspirantes, el daño es equiparable a la pérdida total de la plaza objeto de la oposición. Y no parece que se le pueda despachar con una indemnización por «daño moral», como explicamos más adelante al hablar del abuso del daño moral. (Lamoneda, 2021, p.131)

Existen casos de responsabilidad civil en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo. A este daño se le denomina en el derecho comparado pérdida de una oportunidad o de una chance (el vocablo “chance” es un galicismo aceptado por el Diccionario de la Real Academia Española). Por ejemplo, el abogado que omite presentar un recurso y hace perder al cliente la chance de ganar el juicio; el notario que olvida certificar un documento, haciendo perder al cliente una oportunidad de negocio; el transportista que lesiona al caballo antes de la carrera, haciendo perder a su propietario la posibilidad de acceder al premio; el accidente que impide a un estudiante rendir un examen y titularse; el acto de competencia desleal (como una publicidad comparativa engañosa) que impide a un competidor aumentar su clientela; el médico que omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la lex artis no se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez; el retraso del vuelo de un avión, que hace perder al cliente la posibilidad de cerrar un negocio; etcétera. En todas estas hipótesis existe para la víctima un bien aleatorio que se encontraba en juego (ganar el proceso, cerrar el negocio, recobrar la salud, evitar la muerte, obtener un premio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente destruyó ese potencial de oportunidades con su acción u omisión negligente (olvidó apelar, descuidó

certificar un documento, omitió un examen médico, accidentó al caballo, lesionó al postulante, etcétera). (Tapia, 2012, p. 251 - 252)

Funciones del Derecho de Daños

Función Reparadora

Aspirando al ideal de la restitutio in integrum, la responsabilidad civil o el derecho de daños, con también se le conoce a la primera por el desplazamiento que en los últimos tiempos ha existido del análisis de la culpabilidad de la persona hacia el daño per se, mantiene como una de sus funciones la reparación integral que exige la comisión de un hecho lesivo que cause un daño.

Frente a la violación del principio general de no dañar, el derecho le impone al ofensor la obligación de reparar el perjuicio injusto; esta obligación puede tener dos direcciones: una resarcitoria o de restitución que procura dentro de un margen máximo posible el restablecimiento de la situación del ofendido al momento anterior de la inobservancia del precepto, y otra sancionatoria o de pena que persigue el castigo del autor, la aflicción del titular de la infracción. (Córdoba y Sánchez, 2014, p. 48)

Función Preventiva

En cuanto a la función preventiva del derecho de daños puede afirmarse que esta concepción es de data más reciente, en el entendido que no basta con reparar el daño, sino que debe prevenirse. El deber de reparar el daño conlleva el deber de evitarlo. El ejemplo perfecto de esta lógica es la industria de los seguros. Si no se pretendiera evitar el daño o por lo menos minimizarlo en caso de que se llegue a verificar, los seguros se constituyen en un mecanismo de contención patrimonial para poder enfrentar cualquier obligación indemnizatoria. No obstante, el objetivo adicional de la suscripción de un contrato de seguro es que el siniestro previsto no se concrete, y esto exige, por lo tanto, evitar que el daño que goza de cobertura se concrete.

Para prevenir el daño juega el reflejo preventivo que implica la reacción posterior del ordenamiento jurídico por causa del daño mismo, o sea, de la represión que se producirá en el supuesto de tener lugar. La acción psicológica intimidadora ejercitada por el conocimiento de tal reacción desempeña una función preventiva, respecto del daño. Además la prevención del daño puede tener lugar por la imposición por los órganos públicos de ciertos presupuestos encaminados a la seguridad general, actuando de remedios preventivos (así por ejemplo, experimentar una cosa para controlar la ausencia de vicios de construcción; las señales viarias (sic) que aseguran la circulación, etcétera); o bien imponiendo a las personas que podrían causar daños mediante su propia actividad, la obligación de adoptar medidas materiales que impidan la producción de tales daños (así, dispositivos de seguridad en los establecimientos industriales, en los locales de espectáculos públicos, etc.). (Cupis, 2020, p.364)

El daño, como «menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio», o como «lesión de un interés o alteración in peius del bien idóneo para satisfacer aquél o la pérdida de disponibilidad o de goce de un bien que por lo demás permanece inalterado», es algo esencialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del «prevenir» sobre el «curar». Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito, escribía TRIMARCHI hace algún tiempo: «La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a

impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan». Con toda la razón se ha afirmado que «bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad». (Pinto, 2020, p. 85 - 86)

Función Punitiva o Sancionatoria

La obligación de reparar el daño que se cause se constituye igualmente en una sanción o castigo por parte del ordenamiento jurídico, en el sentido de que con dicha obligación que se crea para quien se convierte en deudor de una indemnización, es una sanción a su actuar ilícito. Sin embargo, esta función punitiva o sancionatoria puede ir más allá, en el entendido que el ordenamiento jurídico procurar no sólo castigar, sino dar una lección, para que no se vuelva a dañar. No basta procurar un resarcimiento que procure una restitución de la víctima a su situación jurídica previa al hecho dañoso, sino que se persigue el castigo ejemplarizante, aunque esto se transforme – algunas veces – de manera ilegítima en un enriquecimiento injusto para quien ostenta la condición de acreedor de la reparación. Esta forma de entender el derecho de daños da la base para los llamados daños punitivos.

Al hablar de daños punitivos, se está haciendo referencia, en puridad, a los supuestos en que la indemnización supera con creces incluso, el montante del daño efectivamente producido, implicando, esta, una especie de pena impuesta por la causación de un daño particularmente injusto y criticable. Por cuanto me resulta, la categoría es propia de la jurisprudencia estadounidense, no siéndolo de la jurisprudencia ni de la doctrina patrias, por entender, una y otra, que las penas son propias del Derecho penal, que no del Civil. Sin embargo, en relación con el daño desencadenante de muerte, Federico de Castro, con toda su autoridad, llegó a plantearse, con miras a proteger la vida, la oportunidad de los

referidos daños. Es, con todo, minoritaria en la doctrina tal postura, pues, a las razones ya citadas en contra, se añade la del posible enriquecimiento injusto experimentado por las víctimas, agraciadas con el montante de la pena pecuniaria, sumado al de la indemnización, lo cual no parece de recibo. Otra cosa es que puedan verse vestigios de daños punitivos en lo que Díez-Picazo considera excesiva ampliación de los daños morales, indemnizados, en ocasiones, sin pruebas suficientes de los mismos, lo cual conduce, a decir del autor antes citado, a una trivialización y deformación de los dichos daños. (Rogel, 2019, p.104 - 105)

Capítulo III. Conceptualización de la Pérdida de Chance u Oportunidad

En el anterior capítulo se hizo referencia a la pérdida de chance clasificándolo como un daño de naturaleza mixta, porque en caso de concretarse podía tener o no repercusiones de índole patrimonial, por lo tanto, no podía posicionarse como un daño meramente patrimonial, tal y como algunos sectores de la doctrina han tratado de encasillarlo.

Asimismo, en la presente investigación la pérdida de chance siempre se ha entendido en calidad de daño resarcible.

El análisis integral de esta figura permitirá entender a posteriori el por qué a consecuencia de la actividad médica la pérdida de oportunidad puede derivarse como un tipo de daño sujeto a reparación.

Nacimiento y Significado de la Figura

La pérdida de oportunidad nace a finales del siglo XIX en Europa, específicamente en Francia e Inglaterra casi de forma simultánea; no obstante, a nivel doctrinal el debate sobre el país de origen de la citada figura jurídica – y el sistema legal, sea el continental – termina en el país galo, a través de un sentencia dictada por la Corte de Casación francesa donde se conoció un caso en el cual una parte procesal padeció la falta de diligencia de su representación letrada, la cual le hizo perder la oportunidad de obtener una solución judicial favorable, porque omitió realizar un trámite que le provocó indefensión. Por su parte, en el caso inglés, la discusión que dio mérito a la acogida de la pérdida de chance, fue vinculada a un concurso de belleza.

El origen como tal de la figura de la pérdida de oportunidad, a través de lo expuesto, permite aseverar que la materia para su aplicación o reconocimiento no es un limitante, véase que sus extremos fundacionales van desde un proceso judicial fallido hasta un concurso de belleza

frustrado. Lo cual deja ver que la pérdida de oportunidad es una figura cuya aplicación y reconocimiento como daño indemnizable no está condicionado por la materia. De ahí que actualmente se invoca en el campo de la responsabilidad civil derivada de la actividad médica, tal y como más adelante se analizará.

Vicandi (2015) brinda una rica y amplia explicación al respecto:

Etimología. La idea de la pérdida de oportunidad parte del concepto de chance, que podríamos entender como “suerte”. El origen de esta palabra la conforman dos vocablos, choir por un lado, que podría traducirse como “caer por su propio peso”, y por otro lado cadere o cadentia, que podemos interpretar como “caer” y “caída”, respectivamente. La raíz de este término la encontramos en la práctica del juego de azar de los dados, ya que chéant, una palabra que deriva de chance, era el nombre que recibía el número de puntos que se sumaba en cada caída de dados sobre el tablero.

La palabra chance puede significar tanto probabilidad como suerte, y es precisamente en esta segunda acepción en la que se ha apoyado la base de la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad, entendiéndose como la pérdida de una probabilidad beneficiosa; pudiendo resumirse la figura como “la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad”.

La “pérdida” debe comprenderse como un concepto asociado a la carencia de algo que se poseía o se podía poseer, que en el caso de la noción objeto de análisis, sería la salud. “Oportunidad” por su parte, hay que interpretarla como una conveniencia en un tiempo determinado.

Origen de la figura. El origen de la pérdida de oportunidad, todavía a día de hoy es objeto de debate, ya que surgió casi de manera simultánea en los países del Droit Civil y del Common Law, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a fin de dar respuesta a litigios de responsabilidad contractual en los que se perdía alguna oportunidad en un proceso judicial, concurso o licitación. A pesar del mentado desacuerdo, por cuestiones de temporalidad, consideramos más correcto situar la procedencia de esta idea en Francia.

Centrándonos en Francia, por ser el país europeo donde se estima que primero se vislumbró judicialmente esta noción, tenemos como referente la sentencia de 17 de julio de 1889, de la Cour de Cassation, en la que un procurador judicial olvidó la tramitación de un proceso, impidiendo al litigante cualquier posibilidad de llegar a una resolución judicial. Fue precisamente con este caso con el que se inició la andadura jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, al invocarse esta construcción doctrinal contra el huissier (procurador), que olvidó la fecha de presentación de una acción judicial, privando de cualquier posibilidad de defensa a su representado.

A pesar del carácter controvertido de la pérdida de oportunidad, su aceptación fue amplia, y su generalización a lo largo del siglo XX, fue rápida; no obstante lo cual, siguió distintas tendencias en función de su localización geográfica y tradición jurídica. Podemos dividir la aceptación y evolución de este concepto en tres agrupaciones de países, en función de la suerte sufrida en los mismos. En primer lugar están los Estados donde la construcción doctrinal fue inventada (Francia e Inglaterra) o posteriormente aceptada (tal y como es el caso de Bélgica, Italia, Argentina y Australia), donde esta doctrina se encuentra ampliamente admitida y ha sufrido una importante evolución, no

restringiéndose su uso únicamente a las probabilidades perdidas en procesos judiciales o concursos.

La segunda corriente la conforman naciones como Canadá, Holanda o Estados Unidos, donde la inserción de la pérdida de oportunidad fue recelosa, parcial (admitiéndose únicamente en una concreta materia) y desigual; hasta el punto de llegar a existir una amplia línea doctrinal contradictoria.

Finalmente, el tercer grupo de países viene compuesto por aquellos ordenamientos jurídicos en los que la pérdida de oportunidad no tiene cabida, como es el caso de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, entre otros. En éstos, la práctica judicial no ha acogido este concepto, por considerar que la frustración de una expectativa no es resarcible, y que de serlo el margen de probabilidad debe ser tan amplio, que permitiría la existencia de un nexo causal.

*Por otro lado, en el sistema de la Common Law fue necesario esperar hasta el año 1911 para que la pérdida de oportunidad fuese invocada ante un Tribunal (de ahí que nos hayamos decantado por situar el origen de la figura en el sistema francés). Ocurrió en el asunto *Chaplin v. Hichs*, de la Court of Appeal, en el que se enjuició la pretensión frustrada de ganar un concurso de belleza.*

En el caso español la primera invocación de la pérdida de oportunidad se dio en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998. Se enjuiciaba una supuesta negligencia sanitaria en la que un trabajador, que sufrió una amputación en uno de sus dedos en el desempeño de sus funciones, vio limitadas a cero las posibilidades de reimplantación de la parte del miembro perdido por un descuido en la custodia del dedo

desde su lugar de trabajo hasta el hospital más cercano; algo que provocó que éste llegase en un estado de extrema congelación. (p. 11 – 13)

Orígenes en Costa Rica

En Costa Rica la pérdida de chance ingresa al ordenamiento jurídico a través de un laudo derivado del proceso arbitral incoado por Disexport Internacional Sociedad Anónima y AutoChic Sociedad Anónima contra SGS Societé Générale de Surveillance Holding Sociedad Anónima. El laudo fue otorgado en el mes de abril del año 2001, y fue impugnado por razones de nulidad ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual se pronunció al respecto a través de la resolución número 766 – 2001; en esta, dicha cámara de casación declaró sin lugar los recursos de nulidad interpuestos contra la citada decisión arbitral.

El tribunal arbitral en el citado laudo manifestó lo siguiente:

El Tribunal, a este respecto, entiende que el concepto de pérdida de oportunidad tiene una manifestación actual, que consiste en la frustración de la oportunidad misma y, en este sentido, se asemeja al concepto tradicional de daño; pero, además, tiene un aspecto de pérdida de posibilidad futura, en lo que se asemeja a los perjuicios tradicionales.

Desde el primer ángulo visual, la pérdida de la “chance” puede manifestarse como una lesión patrimonial cierta y actual; se trata de una pérdida cierta, sufrida por causa del incumplimiento o comportamiento ilícito. En este caso se encuentra un daño actual a un interés legítimo de las actoras frente a la administración – “porque, al protegerse los intereses legítimos, bien pueden los particulares y todos los demás participantes en una licitación impugnar jurisdiccionalmente la respectiva adjudicación” – (v. N° 28 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas del seis

de marzo de mil novecientos noventa y seis), además de un incumplimiento a una obligación, derivada del contrato de consorcio, con la consecuente transgresión de un derecho subjetivo relativo (de orden contractual).

(...)

Desde el segundo ángulo, se enfatiza el perjuicio a futuro que caracteriza la pérdida de un “chance”, que no es menos cierto y directo que el anterior, pero que presenta serias dificultades de cuantificación, porque esta depende de acontecimientos fuera del control de las partes, algunos imprevisibles que no fueron vislumbrados por el perito, quien presenta un cuadro rígido, demasiado optimista. (Laudo arbitral de las 15 horas del 1 de abril de 2001)

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó en el fallo en el cual conoció los recursos de nulidad contra el laudo en cuestión:

XII. En el primer motivo, aun cuando la demandada lo califica como “violación al principio del contradictorio” y la Sala en uso del principio del iura novit curia lo considera como una típica incongruencia, la censura se dirige a señalar la existencia de una indemnización ajena a las pretensiones de las actoras, fuera del objeto del proceso. Esto porque, según se indica, el laudo se apartó de la naturaleza y consecuencias de la resolución contractual e incluso de lo solicitado, pues en ningún momento las actoras formularon el tema de la pérdida de oportunidad de ganar la licitación ni tampoco de la probabilidad posterior de obtener el resultado proyectado. Este es, prácticamente, el mismo argumento formulado por las actoras para discutir el monto de la indemnización, la única diferencia es la forma como ese ruego se entrelaza con una causal

determinada. Para la Sala los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral para establecer el quantum de la indemnización no necesariamente debieron ser solicitados por las actoras, son criterios derivados de la lógica, de la experiencia, de la ponderación racional de una serie de factores para arribar a un monto ajustado a lo pedido y lo negado. Para llegar a esa valoración por parte del Tribunal Arbitral las partes participaron en el contradictorio, por eso no puede señalarse la infracción a este principio, pues desde el inicio del proceso afirmaron y negaron, probaron y contraprobaron, alegaron y contraalegaron, sobre el tema de la responsabilidad y la indemnización económica. Como lo alegado es la falta de indicación de las actoras de los criterios utilizados por el Tribunal ello en sí mismo no constituye la causal de incongruencia, pues lo contrario significaría aceptar el razonamiento absurdo de que al fallar en el laudo solo se podría aceptar la responsabilidad absoluta, como lo pretende la actora en los US \$27 millones, o ningún tipo de responsabilidad como sería la pretensión de la demanda. La justa ponderación entre lo pretendido por una parte y también lo pretendido por la otra, atendiendo a las circunstancias propias en las cuales se desarrolló una relación contractual concreta, o se pudo haber cumplido, es una tarea natural de todos los órganos judiciales, o extrajudiciales, encargados de fijar una indemnización, y esos criterios no son suministrados por las partes sino considerados por los jueces, atendiendo siempre a la búsqueda de una determinación justa o lo más justa posible. Resulta evidente la falta de concordancia de las partes con el monto fijado, pues a unas les parece muy bajo y a la otra muy alto, pero esa es una típica aplicación de normas de fondo, de valoración de pruebas, de criterios racionales o lógicos, cuya determinación en ningún caso puede ocasionar el vicio de incongruencia pues se encuentra dentro de los parámetros de discusión de las

partes, de los hechos involucrados en el proceso, de la gravedad del perjuicio, en fin de una serie de factores cuya ponderación siempre deben cumplir los juzgadores. (Voto N° 766-F-2001 de las 16 horas 10 minutos del 26 de setiembre de 2001)

Con fundamento en lo previamente expuesto, se puede afirmar que, a partir de esos dos momentos, entiéndase cuando el tribunal arbitral laudó y cuando la Sala Primera rechazó los recursos de nulidad; la pérdida de chance o pérdida de oportunidad obtuvo reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Esto desencadenó su abordaje nacional en los años siguientes hasta la actualidad por los diferentes operadores jurídicos.

Situación Actual de Costa Rica

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica hoy en día mantiene una postura mixta en relación con la figura jurídica de la pérdida de chance u oportunidad. Sin que esto signifique que la misma se haya rechazado.

Mediante la resolución N° 766 – 2001 de las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de setiembre del año dos mil uno parecía que la aceptación de la pérdida de chance era incuestionable por parte de dicha cámara de casación; no obstante, en poco más de veinte años desde que este instituto hizo su introducción dentro del ordenamiento jurídico nacional, por las múltiples variaciones en la conformación de los miembros propietarios de este alto tribunal, la pérdida de oportunidad ha sido sometida a un tamiz bastante rígido para su respectiva aplicación. Véase al respecto la resolución N° 371 – 2009 Hampton & Hampton Sociedad Anónima contra el Instituto Costarricense de Electricidad y la resolución N° 477 – 2019 Yorleny Ruiz Rojas contra el Partido Republicano Social Cristiano.

En la resolución N° 371 – 2009 la Sala Primera señaló:

X.- El recurrente funda su reclamo en la teoría de la pérdida de la oportunidad. A nivel doctrinal, se afirma que dicho postulado se origina a partir de una conducta ilícita que tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura, respecto del cual, se determina un umbral de probabilidad mayor que el de la mera expectativa, en donde se indemniza a aquél sujeto de derecho que ve cercenado, de su esfera jurídica, una oportunidad de recibir una ventaja patrimonial, caracterizada por un alto grado de certeza en cuanto a su materialización. En este sentido, los autores indican que la causalidad debe ser valorada a partir de la existencia de una oportunidad real, y no como un mecanismo mediante el cual se impute la pérdida de un beneficio patrimonial dejado de percibir; por lo que la eventual indemnización corresponde a la cuantificación del “chance” perdido. Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la procedencia de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cierto del caso es que el afectado no ha comprobado la existencia de una oportunidad, una situación de ventaja, real, que haya sido frustrada como consecuencia de una actuación ilegítima, aspecto sobre el cual el proceso se encuentra ayuno de pruebas. (Voto N° 371 – 2009 de las 11 horas del 16 de abril de 2009)

Asimismo, en la resolución N° 477 – 2019 la Sala Primera indicó:

Se evidencia así que el casacionista no lleva razón al afirmar que la denominada y concedida “pérdida del chance” no está contemplada dentro de la condenatoria emitida por el Tribunal Supremo de Elecciones. Ese órgano constitucional, como se subrayó, le impuso el pago de los daños y perjuicios que hubiese generado con la conducta que le reprochó. La ejecutante identificó varias lesiones a su esfera jurídica, entre ellas,

precisamente la pérdida de una oportunidad, cual es la pérdida de la oportunidad de elección, de participar como sujeto propuesto para la elección. Debe tenerse claro que la denominada pérdida de oportunidad o pérdida del chance es una lesión generada por la afectación negativa de una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. Tiene por base el reconocimiento de que una conducta ilícita - como indicó esta Cámara en la resolución 371-F-SI-2009 - “tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura, respecto del cual, se determina un umbral de probabilidad mayor que el de la mera expectativa, en donde se indemniza a aquél sujeto de derecho que ve cercenado, de su esfera jurídica, una oportunidad de recibir una ventaja patrimonial, caracterizada por un alto grado de certeza en cuanto a su materialización”. Este tipo de lesión ha sido reconocida y ha sido indemnizada por esta Sala, así por ejemplo en la resolución 478-F-SI-2012 relativa a la pérdida de oportunidad respecto de un contrato de compra de energía generada privadamente entre el Instituto Costarricense de Electricidad y una sociedad anónima. En aquella oportunidad se estableció: “Hubo en consecuencia, una lesión a un estatus jurídico cierto (o primario), que repercutió en la afectación del segundo grado pretendido, es decir, en una pérdida de la ventaja final, que si no segura, era de suyo probable, tanto así, que para enero de 1996, la actora presentó el resto de los requisitos faltantes dentro del plazo preestablecido por la propia Administración, la que a su vez, los tuvo por cumplimentados. A esa altura, ya el 15% de cobertura máxima se había alcanzado, circunstancia impeditiva que fue propiciada por la actuación ilegítima del ente demandado. En este sentido, considera esta Sala que hay cabida para una indemnización de la lesión patrimonial originada a partir de una conducta ilícita, que tuvo

como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación futura de ventaja, acentada no en una mera probabilidad, una hipótesis o un mero riesgo, como quedó dicho, sino en una afianzada probabilidad, en un alto grado de certeza para la materialización del contrato final de suministro de energía. (...)”. Así las cosas, al ser la pérdida de una oportunidad una lesión, que debe por tanto ser resarcida, no hay duda de que está contenida en la condenatoria que emitió el Tribunal Supremo de Elecciones contra el sujeto ejecutado en el sub júdice. Más concretamente, la pérdida de oportunidad de participar en un proceso electoral concedido por el Juzgado sí está comprendida –se insiste- en la condenatoria emitida por el Órgano Electoral, y no debe confundirse con el posible éxito o fracaso final en su elección. En consecuencia, procede desestimar de plano por el fondo esta censura. (Voto N° 477 – 2019 de las 12 horas del 30 de mayo de 2019)

Debe afirmarse que la acogida de este instituto dentro del mundo jurídico de Costa Rica puede ser calificado como paulatino. Los motivos son casuísticos, pero se reitera, la tendencia ha sido la descrita. Sin que lo anterior signifique que haya un rechazo hacia la figura.

En otro orden de ideas, no puede dejarse de lado que nuestra Cámara de Casación Civil ha determinado que la pérdida de chance se origina a partir de una conducta ilícita que tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura. Sin embargo, esta posición no puede llevarnos a confundir la figura bajo estudio como si el mismo se constituyera en un daño futuro, ya que como próximamente analizaremos, la pérdida de oportunidad debe ser entendido como un daño actual.

Por último, este tipo de daño resarcible no tiene regulación legal que le dé amparo, su tratamiento sigue siendo meramente a nivel jurisprudencial y académico. Los numerales 702 y 1045 del Código Civil son su fundamento legal genérico. Sin que se deje de lado la responsabilidad objetiva o subjetiva que puede haber detrás en la generación de este tipo de daño indemnizable.

Concepto de Pérdida de Chance

Se ha definido a la pérdida de chance o pérdida de oportunidad como un tipo de daño que implica la no materialización de una oportunidad. La pérdida de oportunidad puede ser catalogado como un tipo de daño mixto, por el tipo de efectos que puede tener, sea patrimoniales o no patrimoniales. La pérdida de chance cercena la oportunidad de obtener un acrecentamiento de un beneficio o la disminución de un menoscabo. La indemnización de la chance pérdida atiende al hecho de que una posibilidad en grado de probabilidad no se concreta consecuencia de un hecho antijurídico. Esa probabilidad de concreción exige ser probada para conocer que no se está dentro de un marco meramente hipotético o de incertidumbre, que hace que la oportunidad reclamada se tenga por imposible. Es precisamente dicha incertidumbre que rodea a esta figura jurídica la que le ha ganado detractores. El grado de probabilidad que se determine en cuanto a la existencia de la oportunidad que se pierde, dará mérito no sólo a su reconocimiento, sino a su reparación y a la fijación de un justiprecio que permita compensar el daño que se alega padecer.

Al respecto se agrega:

De esta forma se hace un distingo entre la chance u oportunidad, por un lado, y el resultado final, el beneficio que se seguiría de esta chance u oportunidad, por otro. Lo primero es cierto, forma parte de los intereses protegidos de una persona. Lo segundo no, porque es incierto. En atención a esto, los autores afirman que coexisten un elemento de certeza y otro de incerteza en la pérdida de una oportunidad. Certeza porque de no haber

mediado el hecho que provoca el daño, la oportunidad o la chance se hubiese mantenido. Incerteza porque se desconoce si el resultado final igualmente se hubiese verificado o no. En otras palabras, certidumbre de que la chance ha sido irremediablemente truncada, en teoría no habría nada hipotético en ella, ya que la chance existe o no existe. Incertidumbre de que, habiéndose mantenido la situación de hecho o de derecho, presupuesto de la chance la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiese evitado...

Ahora bien, para quienes lo consideran como un daño autónomo, han sostenido que se trata de una especie de tercera categoría, distinta del daño patrimonial y del daño extrapatrimonial — tertium genus — o bien que se trata de un daño fáctico, del que surgen consecuencias resarcibles, patrimoniales o extrapatrimoniales. (Aedo et al., 2023, p. 485)

Naturaleza Jurídica

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance es un tipo de daño resarcible, de naturaleza mixta, porque puede o no tener repercusiones de índole pecuniaria; siempre debe gozar de certidumbre, actualidad y ser, además, consecuencia inmediata de un acto lesivo que impidió obtener un acrecentamiento de un beneficio o la disminución de un menoscabo.

La anterior categorización emana del análisis que se ha venido desarrollando, ya que ha quedado claro que su carácter mixto e indemnizable, responde a la ilimitada gama de intereses jurídicos que puede trastocar un tipo de daño como el expuesto, y su consecuente y lógica repercusión que obliga a reparar. Asimismo, se determinan como elementos o requisitos esenciales de la pérdida de oportunidad, la causalidad, la certidumbre y la actualidad. Esto porque no es posible a la luz de nuestro ordenamiento jurídico positivo, según lo estudiado, catalogar como daño la consecuencia de un hecho o acto, que padezca de incertidumbre causal con aquel, que además se tenga por hipotético o supuesto y que su concretización sea eventual o futura. Lo anterior

implicaría que afirmar que una simple amenaza o peligro aleatorio puede ser tenido en calidad de daño y que además es meritorio de resarcimiento. Aseveración semejante nos llevaría a un estadio de inseguridad jurídica.

Requisitos Constitutivos de la Pérdida de Chance

Es importante señalar que enmarcar a la pérdida de chance como un daño indemnizable exige que el mismo satisfaga los siguientes requisitos para que así pueda calificarse a la luz de la teoría de la responsabilidad civil. Los requisitos o elementos constitutivos son tres, sea causalidad, certidumbre y actualidad.

Causalidad

La exigencia de la existencia de un nexo causal entre la acción lesiva y el daño que se establece como la pérdida de una oportunidad es un requisito sine qua non que no puede omitirse. La pérdida de chance para poder ser considerada un daño, en palabras de nuestro código civil debe ser una consecuencia inmediata del hecho antijurídico que desemboca en un daño. Si este factor se deja de lado, no puede contemplarse a la pérdida de oportunidad como un daño resarcible.

En el capítulo anterior se hacía referencia a la relación causal para indicar que este ligamen debía existir para poder hablar de responsabilidad, por lo tanto, debía probarse para poder exigir una reparación civil.

El elemento causalidad es un componente controvertido. Algunos dentro del análisis que se hace de la pérdida de oportunidad, lo critican mediante el señalamiento de la rigurosidad, afirmando que exigir un nexo causal en la forma tradicional en la que este es entendido, limita el reconocimiento de la pérdida de chance como daño resarcible. Incluso, se alega que este tipo de

abordaje puede ser contrario al principio de justicia. El cuestionamiento referido atiende al factor probabilístico que engloba la figura jurídica de pérdida de oportunidad.

Asimismo, se señala que la aproximación tradicional hacia la relación de causalidad es típica de los sistemas de corte continental, algo que suele ser más flexible dentro del marco jurídico propio de los sistemas anglosajones.

Teoría de la Causalidad Probabilística. La teoría de la causalidad probabilística es la que pregonar este rechazo al llamado todo o nada que de forma intrínseca conlleva la exigencia del principio de causalidad donde el daño debe ser una consecuencia inmediata del acto ilícito. Al respecto la citada doctrina predica lo que de forma amplia Aedo et al. (2023) expone:

Tal como lo habíamos adelantado, parte de la doctrina entiende a la pérdida de una oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en aquellos supuestos de incertidumbre causal, que permite solucionar estos problemas evitando la aplicación del principio “todo o nada”, distribuyendo el peso de la incertidumbre causal entre el agente causante del daño y la víctima. Respecto del primero, responderá sólo en la probabilidad de que hubiese sido el autor del daño; respecto del segundo, obtiene una indemnización parcial, en atención a la probabilidad de que hubiese dejado de padecer el daño de no haber mediado la conducta dañosa. Indicando esta interpretación, Medina Alcoz sostiene: “Se brinda una solución equilibrada que pretende acomodarse a una sensibilidad judicial a la que repugna la liberación de agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le condene a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado”. Más adelante, el autor agrega: “Es la idea de que la teoría de la chance entre en juego únicamente en supuestos de imposibilidad material de prueba”. Estamos en presencia de la denominada causalidad probabilística para probar la relación de causalidad...

Se parte del reconocimiento de que la teoría de la causalidad probabilística se opone, como una solución lógica y coherente, a la exigencia de la relación de causalidad presente tradicionalmente en el ámbito de la responsabilidad civil, y parece más bien justificada su procedencia por razones de justicia. Exigencia que suele ser equivalente en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos y de Europa continental, que asumen un estándar más riguroso para apreciar el nexo causal, a diferencia de los derechos angloamericanos que, por regla general, determinan la relación de causalidad sobre la base de un balance de probabilidades (balance of probabilities), bastando que la prueba alcance un umbral del 51% para darla por acreditada. (Aedo et al., 2023, p. 485)

Es importante aclarar que aceptar la teoría de la causalidad probabilística implicaría romper con el requisito de certidumbre. El factor probatorio será vital para conocer que la pérdida de oportunidad es cierta, sino que, además, es una consecuencia inmediata del hecho lesivo. Relativizar el requisito causal es entrar dentro de un escenario aleatorio, el cual no tiene cabida de ninguna manera en la materialización del daño.

El acervo probatorio pertinente será la piedra angular en la determinación que el litigante tome para proceder con el reclamo de la pérdida de oportunidad, así como, el tribunal para reconocer y otorgar reparación sobre esta. Si la prueba no es suficiente para lograr lo anterior, el reclamo no se debería hacer, y menos aún, reconocerlo.

No es apropiado de una correcta técnica de litigio pretender por pretender. Cualquier pretensión nace de un sustento fáctico y probatorio que le dé respaldo, de lo contrario, esa pretensión es un mero deseo.

Es importante rescatar que el proceso civil ordinario en Costa Rica acepta la carga dinámica de la prueba, lo cual equilibra la posición de las partes procesales, entre quien demanda y quien es demandado. La parte que ha sido víctima de una pérdida de chance goza de este mecanismo probatorio para equilibrar su posición frente al agente dañoso, cuando el acceso a la prueba se le limita o complica. La carga dinámica de la prueba o inversión de la carga probatoria no tiene reconocimiento legal expreso pero sí jurisprudencial en el ordenamiento jurídico costarricense, precisamente al amparo de los principios de igualdad procesal e instrumentalidad que rigen el proceso interpretativo de la norma adjetiva.

El numeral 41.1 del Código Procesal Civil de Costa Rica dice:

Incumbe la carga de la prueba:

- 1. A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho.*
- 2. A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.*

Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba. (Código Procesal Civil. 03 de febrero de 2016)

Es precisamente el párrafo segundo de dicha norma procesal el que da cabida a la aplicación de la teoría de la carga dinámica a la luz de los principios citados.

Lo cual refleja que, en el caso costarricense, la relación de causalidad dentro de la probanza de una pérdida de oportunidad que se reclama tiene diversas formas de ser probada. Todo dependerá de la técnica y estrategia de litigio, así como, de la apertura del tribunal para atender la aplicación de inversión probatoria en caso de ser necesaria.

No obstante, no se puede omitir mencionar que la aceptación de la carga dinámica de la prueba no es del todo bien recibida por un sector de la doctrina y la judicatura, y especialmente cuando se habla de la demostración de una pérdida de oportunidad. Esto, porque se cuestiona el rompimiento que puede ocurrir sobre el principio de imparcialidad que reside sobre las decisiones jurisdiccionales y la exigencia de seguridad jurídica que el proceso debe otorgar, violentando lo anterior el debido proceso.

Al respecto Giraldo (2021) indica:

De igual manera, vemos que la inserción en nuestro medio de la teoría de la carga dinámica de la prueba ha generado una confusión sobre las nociones de carga, obligación y deber procesal previamente estudiadas; ello es así en tanto el inciso 2.º del artículo 167 c.g.p. parece haber convertido lo que otrora se concebía como una carga en un deber o, peor aún, en una obligación. No cabe duda de que, si el juez decide en el proceso ordenar a una de las partes aportar un medio de prueba que no le corresponde por norma sustancial o que no desea utilizar, tal situación deja de ser para el encartado un tema de carga con libertad de actuación, para entrar en el mundo de la coerción y la sanción.

Por lo anterior, nos sumamos a quienes consideran que la norma procesal no puede dar vía libre al juez para alterar la carga de la prueba de los supuestos de hecho cuya distribución se encuentra consagrada previamente en la norma sustancial. Permitir al juez

crear una regla de carga ad hoc, sin previo conocimiento de las partes de a quién le corresponde cumplirla, y sin una razón general para asignarla, va en detrimento de la seguridad jurídica y de la imparcialidad.

De emplearse de forma exagerada esta facultad en los procesos de responsabilidad civil o del Estado, se abriría la puerta para la generación de presunciones judiciales no previstas en la norma sustancial, lo cual contraría el principio democrático de la generalidad de la ley y del debido proceso. Como ejemplo de lo anterior, piénsese en un caso donde se discuta el cumplimiento de una obligación de medios –régimen subjetivo de responsabilidad–: si en este evento el juez distribuye la carga de la prueba del elemento culpa para imponer que sea el demandado quien pruebe su actuar no culposo, estaría haciendo un cambio en el régimen de responsabilidad aplicable.

Esto es así por cuanto, si el demandado no presenta la prueba ordenada, deberá aplicarse el sucedáneo de prueba imponiéndole una condena. Una decisión en ese sentido estaría basada tan solo en la prueba del daño y del nexo causal –como si se tratará de un régimen objetivo de responsabilidad–, sin haberse acreditado la culpa como elemento integrante del régimen de responsabilidad subjetivo que en principio era el aplicable.

Y peor aún si al discutirse la existencia de un daño por pérdida de la oportunidad el juez adoptara la postura de relevar al demandante de probarlo, para trasladar dicha carga al demandado. Aquí el victimario quedaría en una situación más compleja para su defensa que bajo un régimen objetivo de responsabilidad; así, si no satisface la carga asignada, se le condenará sin haberse acreditado en el proceso el daño, elemento imprescindible para cualquier condena por responsabilidad tanto civil como del Estado.

Situaciones como las anteriores desconocen lo prescrito en la norma sustancial sobre la carga de la prueba y los supuestos de hecho estructurales de la responsabilidad; lo anterior pone al demandado en una situación de sujeción al tener que aportar una prueba de los elementos de la responsabilidad que no le compete demostrar. El acto de probar en estas condiciones deja de ser una facultad libre. Asimismo, se incurre en una vulneración del derecho de defensa del demandado cuando, por decisión del juez, se le exige probar en contra de un elemento de la responsabilidad, sin respetar su facultad de elegir contra cuál de ellos desea probar; no debe olvidarse que, dependiendo del régimen por aplicar, el demandado podrá probar en contra del daño, del nexo o del factor de atribución, y le bastará con desvirtuar uno de ellos para ser exonerado. (p. 235 – 236)

Francia y Su Situación Actual Sobre El Elemento Causalidad. Referirnos en este apartado sobre la pérdida de chance en el derecho francés, atiende al hecho de que el instituto bajo estudio nace en el país galo y el mismo es un referente del derecho continental de base romano – germánico. Lo cual, constituye a Francia en referencia para el derecho de Costa Rica. En esta investigación, el requisito causalidad se interpreta como un factor constitutivo para tener por acreditada a la pérdida de oportunidad como un daño resarcible; no obstante, es la diversidad de conceptualizaciones con respecto a esta figura jurídica, la que motiva que su aceptación y aplicación se fundamente sobre distintos parámetros. Claro está, que el acreditar la existencia de un nexo causal en el derecho costarricense cuando se pretende probar la existencia de un daño, no es opcional a la luz de la doctrina contemplada en el numeral 704 del Código Civil, el cual aplica tanto para la responsabilidad que emane del incumplimiento obligacional, como de una conducta lesiva extracontractual, en este último caso, dicha normativa es aplicable por interpretación extensiva y analógica.

Al respecto sobre este tema:

En la actualidad, los estudios y desarrollos en torno a la figura en cuestión han planteado que la definición tradicional no es considerada como suficiente por la doctrina y la jurisprudencia francesa. En otras palabras, la hipótesis “clásica” de la responsabilidad civil, basada en causalidad y daño, no hace justicia a la complejidad de la pérdida de una chance, con lo que surgen propuestas de diferenciación, en mayor o menor grado, de los distintos ámbitos o concepciones de la institución.

Así, con el tiempo, la pérdida de oportunidad ha evolucionado y adquirido nuevos usos; se expande más allá de su aplicación original para pasar a utilizarse como una herramienta útil para sortear los problemas de causalidad que surgen en muchos casos, en particular, en materia médica, y que pueden dificultar la determinación de la responsabilidad civil.

Como consecuencia de lo anterior, y en especial a la conceptualización incompleta de la pérdida de oportunidades, se denuncia que se ha abierto el camino a muchas desviaciones de la figura por parte de la jurisprudencia francesa, lo que genera que esta conceptualización contemporánea de la pérdida de la chance sea objeto de innumerables críticas y cuestionamientos relativos a la legitimidad de su uso.

En este sentido, se ha planteado que estas nuevas hipótesis son susceptibles de considerarse como una suerte de sustitución del vínculo causal, lo que les permite a los jueces desatenderse de dicha exigencia propia de la responsabilidad civil, sorteándola por medio de la invocación de la institución en cuestión. Ello desencadena una imperiosa necesidad de supervisión respecto de su procedencia.

La insuficiente conceptualización de la pérdida de oportunidad ha conducido a una cierta inseguridad jurídica para el litigante y a una incompreensión de las decisiones por parte de este; así como, aún más revelador, por parte de los profesionales del derecho. Esta inconsistencia en la aplicación de la figura en estudio lleva a que no exista claridad respecto de su naturaleza, contenido y límites, lo que ha llevado a que la doctrina más autorizada en la materia se cuestione a este respecto, ¿Es todo lo que se plantea como tal, una pérdida de una chance? ¿Es posible que la misma pérdida de la chance sea un daño particular autónomo y, al mismo tiempo, una forma de relajación de la causalidad? ¿Existe hoy en día una teoría unitaria de pérdida de la chance?

Como ya se ha expuesto, la pérdida de una chance siempre corresponde a una incertidumbre, pero el tratamiento de que no ha estado ajena de cambios a lo largo del tiempo. Por ejemplo, y como se expuso, hoy se ve que esta puede estar ligada al daño o al perjuicio, distinción poco común pero necesaria y útil. En efecto, la pérdida de una chance surge en la doctrina tradicional caracterizada como un daño autónomo; donde las condiciones de responsabilidad (culpa, daño, nexo de causalidad) se cumple con certeza, pero es la magnitud del perjuicio resultante del daño lo que es incierto.

Sin embargo, según ya se ha desarrollado, la pérdida de oportunidad ha sido aceptada por los tribunales en casos cada vez más diversos. Pérdida de oportunidad de supervivencia debido a un diagnóstico o tratamiento erróneo; pérdida de oportunidad de tomar una decisión informada en materia médica, por culpa de un médico; pérdida de oportunidad de celebrar o no un contrato; la pérdida de la oportunidad de supervivencia, etc. Ello genera una ampliación en el contenido de lo que se puede entender por pérdida de una chance.

Es así como, las aplicaciones de la pérdida del azar se han vuelto tan numerosas y comprobadas que la pregunta de si todavía existe una unidad de concepto y si una teoría unitaria de la pérdida de la chance puede dar cuenta de todas estas aplicaciones no tiene una respuesta clara. Hoy, conviven en el sistema francés distintos ámbitos de aplicación y formas de entender la pérdida de una chance donde a veces constituye una categoría particular de daños, y otros en los que sería más bien el resultado de una alteración del nexo de causalidad; ambos coexistiendo de manera paralela. Lo mismo ocurre con los jueces civiles y administrativos. (Baron, 2023, p.57 - 60)

Certidumbre

El daño debe ser cierto, no puede analizarse como un daño eventual o hipotético. No basta la simple amenaza o peligro de daño.

El grado de probabilidad deberá probarse a través de mecanismos útiles y suficientes que permitan determinar la certidumbre que constata que la oportunidad perdida era real y no una mera expectativa.

Sin embargo, para que el daño pueda tenerse como cierto, la probabilidad de realización deber ser potencial, nunca aleatoria. Entrar en el terreno del azar, desnaturaliza la exigencia de certeza sobre la existencia del daño para que pueda ser tenido como resarcible.

El factor prueba es vital para que lo anterior pueda verse reflejado, razón por la cual la única prueba útil y suficiente para tales fines, es la prueba técnica. Sin un peritaje matemático actuarial, no es posible determinar una probabilidad que determine un rango de certeza.

En este apartado cuando se hace referencia a la prueba técnica o pericial es de suma importancia rescatar el manejo de las proyecciones actuariales en el mundo de la industria de seguros. Esto es un claro ejemplo que la proyección matemática actuarial es posible.

El Código Procesal Civil al respecto señala:

Artículo 44.1 Admisibilidad.

Será admisible la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos.

Las partes podrán aportar, con la demanda o contestación, los dictámenes de peritos o informes técnicos elaborados por particulares, instituciones públicas o por medio de un colegio profesional. Se adjuntarán, con los demás documentos, instrumentos o materiales necesarios para su apreciación. Asimismo, podrán solicitar el nombramiento de un perito por parte del tribunal. (Código Procesal Civil. 03 de febrero de 2016)

En relación con lo anterior:

El hecho de traducir a montos económicos las variables que representan los diferentes tipos de daños en un Proceso Judicial es tarea del Perito Actuario Matemático, quien al igual que el resto de peritos en el Debate, le ayuda al Juez -perito de peritos- a administrar justicia de la forma más adecuada. (Herrera, 2008, p.54)

Por otro lado, no se puede confundir la pérdida de chance con el resultado. La pérdida de oportunidad significa que se ha perdido la oportunidad de obtener un beneficio o evitar un perjuicio; mientras que el resultado como tal, es aquel que, de forma posible, pudo o no

concretarse, es decir, si bien la oportunidad en caso de que no se hubiese perdido podría haber permitido que el resultado se diera, ese resultado sí es incierto. La oportunidad pudo facilitar ese resultado, por eso es cierta, mientras que el resultado per se, pudo o no lograrse, por eso es incierto.

La oportunidad desde un plano abstracto es una fase, si se quiere ver de esta forma, que antecede la obtención de un resultado. La problemática que esto plantea es si el resultado realmente dependía de la oportunidad para producirse. No obstante, aunque el resultado como tal no se sabe si realmente se iba producir, de ahí la incertidumbre que lo cobija; la oportunidad de capitalizar a favor propio el eventual resultado, si se pierde, por eso es cierta, por eso es meritoria de reparación.

Actualidad

Un sector de la doctrina acepta que la pérdida de oportunidad pueda entenderse como un daño presente o futuro; sin embargo, atender aquella como daño futuro, exige visualizar la certidumbre desde una óptica relativa, y esto implica, por lo tanto, caer dentro de un plano aleatorio.

Líneas antes se mencionaba que el azar no tenía cabida dentro del marco de la pérdida de chance si se pretende tener como daño resarcible, porque lo aleja del grado de certeza exigida.

Esto, por lo tanto, obliga a tratar a la figura como un daño presente o actual. La materialización del daño cuando se reclama ya se dio, no es algo que se espera.

Es importante destacar, que los detractores de este tipo de daño critican precisamente el alea o zona gris que acompaña a la pérdida de oportunidad, pero cuando dicha alea desaparece, la pérdida de chance no puede cuestionarse, precisamente porque el elemento objetivo no transita por una zona gris, sino todo lo contrario, el daño es verificable, por ser cierto, además de actual.

Sobre este tema se refiere:

El concepto de pérdida de chance se inscribe dentro de la diferenciación entre los conceptos de daño actual, daño futuro y daño eventual. Mientras el primero consiste en el detrimento patrimonial ya ocurrido que aún subiste sin reparar; el segundo podría serlo en el supuesto que desde el mismo momento de su producción pudiera ser estimado pecuniariamente (Artículo 1067, Código Civil). Por el contrario, el tercero -en tanto no se convierta en un daño actual- no es resarcible. De tal suerte, el daño eventual -que la doctrina científica califica como problemático o conjetural- es el que puede o no ocurrir, y de allí que no sea, en principio, resarcible, "[...] pues si se indemnizara y el daño luego no se produjese, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable". "Sin embargo, si el daño eventual, por el peligro que comporta provoca la desvalorización de la cosa sometida a ese riesgo, se presentará un daño actual que será resarcible. El daño eventual se traducirá en un daño actual". "La pérdida de chance es un daño actual resarcible cuando implica probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable. En cambio, no constituye un daño actual cuando la chance representa una probabilidad muy general y vaga". (Mertehikian, 2008, p.177)

Confusión con Otras Figuras Jurídicas

Las características propias de la pérdida de chance como daño indemnizable provocan que sea confundido con otros institutos indemnizables de corte tradicional, tales como el lucro cesante, el daño emergente o el daño moral. Esto es más común cuando la pérdida de chance es categorizada como un daño patrimonial. Lo anterior obliga a señalar las diferencias que le asisten a la pérdida de oportunidad y que la convierten en una figura jurídica independiente.

La confusión en algunas ocasiones responde a criterios disidentes que rechazan a la pérdida de oportunidad como daño resarcible.

Es paradójico como un instituto que tiene su origen desde hace más de un siglo, hoy en día sigue generando seguidores y detractores con tanta facilidad. La existencia de detractores y de su renovación en el tiempo, no ha impedido, solamente retrasado, la incorporación de la pérdida de chance dentro de los diversos aparatos jurídicos, independientemente de que estos sean herederos del derecho romano germánico o del derecho anglosajón.

No podemos omitir que la evolución de la responsabilidad civil responde al avance de la técnica y las necesidades que el presente y el futuro traen consigo. Por lo tanto, es de entender que el análisis y reconocimiento de las oportunidades pérdidas consecuencia de un hecho lesivo, puedan ser sometidas a reparación. Los ordenamientos jurídicos en sociedades civilizadas no sólo son una respuesta a un principio de justicia, sino también a un principio de seguridad jurídica. No bastan reglas del juego, se debe saber a qué atenerse en el marco de aplicación de dichas reglas.

Por otro lado, la pérdida de chance como daño indemnizable independiente, puede ser reclamado de forma conjunta con cualquier otro tipo de daño sujeto a reparación.

Sobre el Daño Emergente

Mencionar el daño emergente, significa que se habla de un decrecimiento patrimonial. Es decir, hay un daño sobre lo existente y que conforma el patrimonio de una persona; mientras que la oportunidad con su fracaso se transforma en un beneficio dejado de percibir o en un menoscabo que no se evitó. Esto invita a pensar que la pérdida de oportunidad podría interpretarse como una especie dentro de un género llamado daño emergente. No obstante, el daño emergente es un daño patrimonial per se, mientras que la pérdida de oportunidad no puede ser categorizada como un

daño patrimonial pleno, ya que la pérdida de chance puede tener una incidencia patrimonial o material, pero también de naturaleza moral. La naturaleza mixta impide visualizar a la pérdida de chance como una especie del daño emergente.

Sobre el Lucro Cesante

En primer lugar, debemos hacer referencia a la conceptualización que se ha hecho sobre la figura del lucro cesante. Se entiende como lo que se deja de percibir consecuencia del daño padecido. Implica el impedimento a un crecimiento del patrimonio. Por su parte, la pérdida de oportunidad significa el fracaso ya no de una ganancia, sino el malogro de una oportunidad, la cual se encontraba por lo tanto dentro del haber de quien sufre el evento dañoso, mientras que el lucro cesante, significa que la ganancia proyectada en grado de certeza, no se tendrá por realizada dentro del patrimonio de la perjudicado. La oportunidad perdida es una consecuencia inmediata de un acto lesivo, la misma es cierta y actual, no es una expectativa; por su parte, el perjuicio que conlleva el lucro cesante sí es una expectativa de derecho, aunque en grado de certeza. El acto lesivo impide la materialización de la oportunidad o de la ganancia esperada, pero la oportunidad implica que un beneficio se puede obtener o un menoscabo se puede evitar, mientras que una ganancia frustrada se traduce en incremento patrimonial impedido.

Al respecto se refiere:

El concepto de lucro cesante requiere una relación de causalidad entre el hecho dañoso y la frustración de una ganancia. Se requiere, por consiguiente, un grado de certeza de que, a falta del evento dañoso, el damnificado hubiera obtenido un beneficio patrimonial. En el lucro cesante la certeza recae sobre la frustración de una ganancia que el damnificado aún no tenía, mientras que en la pérdida de chance la certeza recae sobre la frustración de la oportunidad que el damnificado ya tenía, de lucrar o de acceder a tales o cuales

fuentes de lucro. Obsérvese la diferencia de enfoque: En un caso se tiene una razonable certeza de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, el damnificado iba a realizar una ganancia. En otro, no se tiene plena certeza sobre la realización del lucro, pero sí sobre la existencia objetiva de las condiciones propicias para lucrar o para acceder a fuentes de lucro. La relación de causalidad se establece, en un caso, entre el evento dañoso y la supresión del lucro; y, en otro, entre el evento dañoso y la eliminación de la oportunidad de lucrar, o de acceder a niveles superiores de ingreso. A priori, parecería un juego de palabras, pero un examen casuístico permite reflejar la utilidad, la autonomía conceptual e, incluso –según veremos-- la posible concurrencia de ambas figuras, que permiten calibrar y ajustar el sistema indemnizatorio a mayores grados de precisión y equidad.

(Torrealba, 2010, p. 129 - 130)

Sobre el Daño Moral

El daño moral y la pérdida de oportunidad como figuras jurídicas en algunas ocasiones son sometidos a comparación, por no aseverar, que son sometidas a confusión, cuando el quantum debeatur o cantidad debida que corresponde a la segunda al momento de justipreciar la suma por indemnizar, debe realizarse a través de criterios de equidad. Es decir, la justipreciación responderá a la prudencia del tribunal, sea porque hubo prueba insuficiente o prueba imposible para tales fines.

No se habla de satisfacer una demanda de reparación por el mero hecho de hacerlo, sino porque se ha probado la existencia de un daño llamado pérdida de oportunidad consecuencia de un hecho antijurídico y se busca con ello, restituir a modo de equivalencia a la parte afectada en su situación jurídica previa al daño sufrido.

En atención a esto, es que la pérdida de chance se compara con el daño moral, pero se reitera, son institutos totalmente diferentes.

Cómo Indemnizar la Pérdida de Oportunidad

Algunos categorizan a la pérdida de chance como una figura abstracta o etérea, dentro de esta calificación añaden por lo tanto, que su resarcimiento se complica, porque lo que no es medible, no permite saber hasta dónde llega, y si aún lográndose medir, no se puede especificar el máximo de aquella medición, y sólo su mínimo, siempre una eventual indemnización caería dentro de un estadio de arbitrariedad que le concedería al adjudicador margen para violentar el principio de congruencia, pudiendo otorgar más de lo que se le pide. A continuación, se romperá este mito, producto de la ignorancia o peor aún, del miedo al cambio. Sin embargo, tal y como se dijo, la responsabilidad civil es un área del derecho en constante y permanente evolución, razón por la cual, el cambio es parte de su naturaleza.

Pérdida de Chance Versus Resultado Final

Conforme se ha expuesto líneas previas, la pérdida de chance no es un daño resarcible que viene a satisfacer el resultado final que consecuencia del hecho antijurídico no se pudo materializar, sino todo lo contrario, la pérdida de chance permite la reparación de la oportunidad que por no poderse concretar impidió que ese resultado final, sea la adquisición de un beneficio o la evitabilidad de un menoscabo, se diera.

La oportunidad pérdida podría ser entendida como un puente que se dinamita y consecuencia de aquello, no se puede cruzar. La munición es el hecho lesivo, el extremo al cual se podía llegar, el resultado final que ya no se puede alcanzar.

Por lo tanto, la indemnización de la oportunidad pérdida implica el costo de la reconstrucción de aquel puente destruido. Según las características de aquel puente, sea las condiciones y facilidades que significaba su tránsito para alcanzar el otro extremo, así serían las probabilidades de que aquello fuera posible. Es decir, el adjudicador, sea un juez o arbitro, deberá

otorgar la indemnización solicitada, así como atender las características de la oportunidad que se invoca como quebrantada. Según la naturaleza de la oportunidad, esto será más o menos fácil de hacer.

En el momento de definir a la pérdida de oportunidad se señaló que era un daño resarcible de naturaleza mixta, porque podía tener un contenido patrimonial o extrapatrimonial. Este aspecto es importante, ya que en caso de existir un elemento patrimonial de por medio, el mismo podrá medirse, por lo menos generar una aproximación realista. En este caso, la prueba técnica se hace presente y se constituye en parte medular del ejercicio resarcitorio. Por su parte, si el contenido es extrapatrimonial, el acervo probatorio en general dará los insumos necesarios para quien esté llamado a reconocer y otorgar la indemnización pretendida, brinde mediante criterios de equidad, la compensación adecuada.

La Función de la Prueba Técnica

La llamada prueba técnica es un medio de prueba que tiene una relevancia total en la demostración tanto de la certeza de la existencia de la pérdida de chance como daño resarcible, así como, en la determinación del valor eventual a indemnizar, especialmente cuando la naturaleza de la oportunidad perdida es de carácter patrimonial.

La prueba técnica también puede ser conocida como prueba pericial o prueba científica. El objetivo de esta es que la demostración de un hecho se fundamente a través del método científico.

La aplicación del método científico atiende un criterio de objetividad, por lo tanto, la prueba técnica se superpone a otros medios probatorios, lo que acepta únicamente prueba del mismo tipo para ser contradicha.

El enfoque que puede tener la misma desde la óptica probatoria de la certidumbre del daño versus la compensación que puede otorgarse, será diferente, pero la aplicación del método científico siempre estará de por medio. El experto será quien está llamado a definir aquello dentro del marco de su conocimiento.

En el caso del Código Procesal Civil de Costa Rica, en el numeral 41. 2, se incorpora dentro del ordenamiento adjetivo civil la prueba pericial y científica como un medio de prueba admisible. Por su parte, los artículos 44 y 48 de ese mismo cuerpo normativo, brindan el tratamiento que este tipo de prueba debe recibir para poder ser utilizada dentro del proceso civil.

Asimismo, es sano indicar que la prueba pericial y científica según las normas referidas reciben el mismo tratamiento en audiencia. Esto quiere decir, que se hace uso de dichos medios porque se desea nutrir al proceso, de conocimiento ajeno al mundo jurídico, sea para apreciar hechos o circunstancias relevantes o para adquirir certeza de estos.

En el escrito de demanda o contestación, los dictámenes e informes serán aportados o en su defecto, se requerirá al tribunal el nombramiento de un perito para los fines perseguidos. Si el tribunal acoge la petición, en el caso del proceso judicial, se designará el perito de una lista que el Poder Judicial ha elaborado con anticipación conforme la naturaleza y objeto de la peritación.

El peritaje debe ser otorgado bajo fe de juramento, en donde el profesional a cargo afirme su compromiso con la verdad, la objetividad y la imparcialidad.

En otro orden de ideas, existe una discusión académica relevante. Es importante señalar que la doctrina ha entendido de dos maneras a la prueba pericial, sea como medio probatorio, tesis adoptada por el Código Procesal Civil de Costa Rica y como un mecanismo auxiliar del juez. Estos dos abordajes pueden tener matices que, según la posición del tribunal al respecto, puede influir

en la manera en la cual se atiende y acoge un peritaje. Sin embargo, no se puede partir del hecho que ambas posiciones sean incompatibles desde la perspectiva práctica, dejando de lado los elementos meramente teóricos que han motivado el debate. La puesta en marcha de la prueba técnica dentro de un proceso es según la norma adjetiva un medio probatorio, pero de igual manera, es auxilio del juez, ya que le brinda al adjudicador el conocimiento que de otra manera no lograría u obtendría de manera inconsistente, por ser un saber ajeno al derecho. El juez mediante la prueba pericial o científica tiene la oportunidad de ilustrarse sobre materias que le son ajenas para fallar un caso determinado conforme a derecho.

La discusión que se menciona la sintetiza de forma detallada Xavier Abel Lluch, mientras analiza la naturaleza jurídica de la prueba pericial. Este autor incluye una crítica hacia la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual debo indicar, tiene puntos válidos a considerar. No obstante, la normativa procesal civil de Costa Rica pareciera que no padece lo que la crítica en cuestión acusa, ya que la legislación costarricense es más simple por no decir que responde a un modelo híbrido, si se analiza la prueba técnica desde su proposición hasta la función que cumple tanto para las partes como para el juzgador. En el caso de Costa Rica la prueba técnica permite apreciar hechos o circunstancias ajenos al derecho o adquirir certeza sobre aquellos. Asimismo, el juez civil en la práctica de prueba tiene un papel proactivo en el examen del dictamen pericial y puede solicitar de oficio dictámenes o informes especiales a distintos entes sobre aspectos técnicos que estos manejen o nombrar especialistas en verificación de estados económicos y financieros.

Al respecto Abel (2009) menciona:

Una de las cuestiones más debatidas en torno a la prueba pericial es la de su naturaleza jurídica, respecto de la cual se han dado tradicionalmente dos posturas.

Un sector doctrinal sostiene que el perito es un auxiliar del juez. Esta posición, cuyo principal impulsor fue CARNELUTTI, ha sido recogida en nuestra doctrina, entre otros, por autores como PRIETO CASTRO, GOMÉZ ORBANEJA, SERRA DOMÍNGUEZ o GÓMEZ COLOMER, y parte de la idea que la posibilidad de conocer o apreciar los hechos corresponde al juez, de modo que la prueba pericial no introduce hechos nuevos, sino que, sobre unos hechos ya aportados, proporciona al juez máximas de experiencia para complementar su capacidad de juicio. Esta postura centra la función del perito en el auxilio a la función jurisdiccional, apartándola de la influencia de las partes, y configura el dictamen pericial como la aportación al proceso de conocimientos técnicos especializados que facilitan el juicio de hecho del juez. Ha tenido eco jurisprudencial en aquellas resoluciones que, sin negar la facultad judicial de valorar los dictámenes emitidos, subrayan que “en todo caso la función del perito es la de auxiliar al Juez ilustrándole sobre las circunstancias del caso...” (STS 6 de febrero de 1987) e incluso en aquellas otras que cuestionan el propio carácter de medio de prueba al afirmar que “la prueba pericial no es un medio probatorio stricto sensu, sino que resalta, respecto de los demás medios de prueba, con su carácter auxiliar” (SAP Tarragona, de 19 de enero de 2004). Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que la prueba pericial es un medio de prueba. Autores como GUASP, DE LA OLIVA, MONTERO AROCA, FONT SERRA o RIFÁ SOLER defienden que la prueba pericial es un medio de prueba en la medida que con su actividad se busca la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales, puesto que se llevan al proceso los conocimientos especializados del perito con la finalidad de determinar o fijar formalmente los hechos controvertidos que precisan ser conocidos o apreciados, siendo el perito nombrado ordinariamente por las

partes, sin que pueda ordenarla de oficio el juez y pudiendo el dictamen pericial introducir hechos o circunstancias fácticas nuevas, considerándose, en todo caso, que la actividad que realiza el perito tiene una finalidad probatoria. Dicha postura ha tenido también trascendencia en resoluciones del Tribunal Supremo en las que se afirma que “de acuerdo con el art. 610 LEC [1881], la pericial es –disquisiciones doctrinales aparte–, un medio de prueba al que acudir, cuando para la fijación de ciertos hechos se requieran conocimientos científicos, artísticos o prácticos” (STS 7 de abril de 1995). La LEC pretende zanjar la polémica doctrinal y considera que la prueba pericial es un medio de prueba. Así en el párrafo 14º del epígrafe XI de la Exposición de Motivos se anticipa: “Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, esta Ley se inclina coherentemente por entender el dictamen de peritos como un medio de prueba en el marco de un proceso, en el que, salvo las excepciones aludidas, no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes [...]” En el párrafo 16º del mismo epígrafe se concluye: “Así, la actividad pericial, cuya regulación decimonónica reflejaba el no resuelto dilema acerca de su naturaleza –si medio de prueba o complemento o auxilio del juzgador–, responde ahora plenamente a los principios generales que deben regir la actividad probatoria, adquiriendo sentido su libre valoración”.

No podemos compartir la opción legislativa por varias razones. En primer lugar, se aparta del derecho comparado. Como ha puesto de relieve PICÓ i JUNOY en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –Alemania, Italia, Francia, Bélgica e Inglaterra– y en textos supranacionales –Principles and Rules Transnational of Civil Procedure y Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica– se configura la prueba

pericial como mecanismo de auxilio del juez. Baste, a título de ejemplo, el art. 61 del Codice di Procedura Civile italiano que permite al juez, tanto para un acto concreto cuanto para todo el proceso, asistirse de uno o más peritos. O la regla 26.1 de los precitados Principles que permite al juez designar un perito o panel de peritos neutrales cuando se lo permita la ley interna y cuando considere que la ayuda de los peritos puede ser útil para la resolución de los puntos clave de los asuntos.

En segundo lugar, comporta una excesiva privatización de la prueba pericial y una cierta “desprocesalización”, alejándola del auxilio a la función jurisdiccional. En la prueba pericial de parte, serán las propias partes quienes designen el perito, determinen su objeto y la oportunidad de su aportación (arts. 336 a 338 LEC), resultando obvio que la objetividad del dictamen se devalúa en la medida que las partes no aportarán un dictamen desfavorable a sus pretensiones. E igualmente serán las partes quienes soliciten la designación judicial de un perito (art. 339 LEC) y determinen el contenido del dictamen de designación judicial (art.342.3, III LEC).

Y en tercer lugar, reduce la intervención judicial más allá de sus justos límites, produciendo una cierta desjudicialización. Si entendemos que la finalidad fundamental de la prueba es la determinación de la certeza de los hechos controvertidos y que la finalidad de la prueba pericial es aportar conocimientos especializados de los que el juez puede carecer, resulta censurable que el juez no pueda acordar la ampliación del dictamen pericial (347.2 LEC), mayormente cuando, ante la existencia de dictámenes contradictorios de las partes, tal facultad puede resultar aún más necesaria. Incluso la adopción de un dictamen pericial de oficio, y a salvo de los procesos no dispositivos (art. 339.5 LEC), tiene difícil encaje al amparo del art. 429.1, II y III LEC y solo es posible

como diligencia final de oficio al amparo del art. 435.2 LEC partiendo de una lectura constitucional y flexible de las normas probatorias. (p. 27 – 32)

El Factor Equidad

El elemento equidad se hace presente al momento de indemnizar cuando el tribunal adjudicador reconoce ya no solamente la existencia de una pérdida de oportunidad, sino también la existencia del mérito a reparación. Sin embargo, si la cuantificación del quantum debeatur o cantidad debida es de difícil determinación – especialmente en casos de pérdida de chance con repercusiones no patrimoniales –, aunque exista de por medio prueba técnica que respalde el proceso reparativo para sustentar una eventual suma a reconocer, pero aquella no es suficiente; es precisamente en este escenario, donde la equidad se constituye en el mecanismo que permite al juez definir el monto que deberá ser resarcido.

La determinación de una suma sujeta a reparación mediante un criterio de equidad implica que hay una justipreciación que responde a la prudencia del tribunal en el análisis objetivo del cuadro fáctico y probatorio, para que, de esta forma, la indemnización procure un estado de equivalencia; entiéndase restituir de forma simbólica a la situación jurídica previa al hecho ilícito.

La decisión que se tome deberá ser fundada y deberá justificarse en los elementos objetivos que la nutren, procurando una aproximación a lo que consecuencia del daño sufrido, se perdió.

Omitir el criterio de equidad en la determinación de la cantidad a resarcir atentaría contra los derechos de la víctima que busca en el sistema jurídico el resguardo de sus derechos y con esto, la reparación integral del daño padecido.

Líneas previas se indicaba que un escenario de indemnización por medio de criterios de equidad y prudencia podía confundirse con la figura del daño moral; por el mero hecho de la

dificultad probatorio para su respectiva cuantificación. Sin embargo, se reitera, esto no es atendible porque el daño moral y la pérdida de oportunidad son daños resarcibles de naturaleza totalmente diferente. La conexión o confusión que pesa en estos casos atiende precisamente a la necesidad de hacer uso de la equidad como mecanismo para la fijación del monto que en la sentencia de condena se indicará.

El factor equidad es un instrumento que el tribunal puede hacer valer por no existir prueba suficiente, por no decir, imposible, que lleve a la determinación de dicho quantum.

Asimismo, el factor equidad sólo puede tomarse en consideración para la determinación de la cosa debida, pero no para la determinación en cuanto a la existencia de la pérdida de chance per se. Caer en esto implicaría romper con el principio de causalidad exigido y aceptar la teoría de la causalidad probabilística.

En materia de responsabilidad civil no hay espacio para juicios subjetivos, la reparación que nazca de aquella debe atender criterios objetivos. Razón por la cual la discrecionalidad del juzgador tiene un límite.

Sobre este aspecto Osterling y Rebaza (2006) dicen:

Sobre este punto Bonasi Benucci, refiriéndose a una casación italiana, afirma que "el magistrado de instancia puede recurrir al criterio de liquidar equitativamente el daño cuando no considere atendibles o exactos los datos facilitados por la parte acreedora y no tenga otros medios a su disposición para concretar con exactitud la verdad y cuantía precisa del daño sufrido por la víctima del hecho ilícito de un tercero" ... "no puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos sobre los

cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles." (p.4)

Capítulo IV. Conceptualización de la Responsabilidad Civil Médica y la Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia

En los capítulos anteriores se hizo un análisis general tanto de la responsabilidad civil como de la pérdida de chance u oportunidad. Esto con el fin de preparar al lector hacia lo que a continuación se va a exponer. Este estudio trata sobre la responsabilidad civil derivada por actividad médica y de manera específica, aquella que es consecuencia por pérdida de chance de curación o supervivencia.

Este tipo de responsabilidad emana del personal sanitario, el cual abarca desde médicos hasta el personal auxiliar, tales como enfermeros o paramédicos. Un incorrecto diagnóstico o tratamiento deriva en aquella.

El ejercicio del personal sanitario en el trato de pacientes cuya salud está comprometida, está sujeto a escrutinio, no porque haya obligación de por medio de cumplir con un resultado en específico, sino, porque sí existe la obligación de poner los medios disponibles al servicio de quien los necesita, conforme los estándares mínimos esperados en cuanto a conocimiento y técnica por parte de quienes llevan a la práctica estos.

La pérdida de chance como daño indemnizable responde a aquella oportunidad que no se concretó, porque hubo un acto o hecho antijurídico que impidió que esta se materializara. En el tema que nos ocupa, ese chance perdido implica que existía una oportunidad de curación o de supervivencia, y que, si dicho hecho lesivo no se hubiese dado, la curación se hubiera logrado o la sobrevida se hubiese materializado haciéndose presente o aun en el caso de que ya existiera, esta sería más extensa.

Cuando aquello se produce, el daño surge, y con este, el correspondiente mérito de reparación. Por lo tanto, el personal sanitario que genera una pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, deberá indemnizarlo a quien lo padezca.

Lo anterior es imposible entenderlo si no se conceptualiza la responsabilidad civil médica. Aquello porque la actividad médica ha visto un desarrollo sin precedentes en el último siglo, y consecuencia directa de esto, su sometimiento a examen ha sido constante.

Está claro, que el enfoque del presente análisis girará sobre el personal médico, por constituir aquel el núcleo de lo que se comprende por personal sanitario. El médico es el profesional más y mejor preparado para diagnosticar y tratar problemas de salud en las personas.

Concepto de Responsabilidad Médica

La responsabilidad médica es aquella responsabilidad subjetiva que emana consecuencia de un acto médico que se constituye en un hecho antijurídico, de forma voluntaria o involuntaria, de manera activa u omisiva, vía contractual o extracontractual. El hecho debe violar la llamada *lex artis*, entiéndase el conjunto de normas legales y éticas, recursos, formas, procedimientos, protocolos y afines que un profesional en medicina debe observar y ejecutar al momento de atender un paciente según la patología que sufra. Consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo se debe materializar un daño y este hace nacer la obligación de resarcir.

Sobre el tema de la *lex artis* Hidalgo (2017) menciona: *"La LEX ARTIS (ley del arte) aplicada a la medicina como LEX ARTIS AD HOC es un concepto jurisprudencial indeterminado que podría definirse como "EL CONJUNTO DE PRÁCTICAS MÉDICAS ACEPTADAS COMO ADECUADAS PARA TRATAR AL ENFERMO EN ESE MOMENTO"* (p. 4).

Asimismo, sobre esta misma temática Cárdenas (2023) refiere:

En una muy apretada síntesis, cuando se habla de cambio de paradigma en el ámbito del consentimiento se quiere poner de manifiesto que, en los últimos años, se ha evolucionado de un modelo de relación médico-paciente “paternalista” a un modelo “participativo-informativo”. En el primero, el médico decide lo que es más conveniente para el paciente, guiado por el principio de beneficencia; mientras que, en el segundo, se reconoce el derecho de la persona a ser parte de las decisiones en materia de salud.

En el nuevo modelo se construye sobre el principio de autonomía del paciente. Como tempranamente consignaron Beauchamp y Childress, se trata de una autonomía que comprende (como mínimo) la capacidad de los pacientes para regirse por sus propias decisiones. Y ello implica tener libertad respecto de constricciones externas e internas, lo que – a su vez – hace necesario que los pacientes tengan una comprensión adecuada de las circunstancias que determinan su decisión.

Como se trata de informar al paciente, naturalmente que la carga de informar recaerá en la parte médica de la relación. De esta manera, como se verá en el siguiente apartado, el tránsito hacia el nuevo modelo ha visto cómo el catálogo de los deberes de información que pesan sobre los facultativos se ha ido engrosando cuantitativa y cualitativamente...

Por un lado, cuando se habla de información terapéutica o preventiva se está hablando de la información que tiene por finalidad principal instruir al paciente (o la persona que lo cuida) para que coopere con el tratamiento de salud que esté recibiendo. Esta información se suele tratar en el marco del deber consejo médico y puede incluir, por poner algunos ejemplos, la indicación de hacer ciertos ejercicios después de una intervención quirúrgica o la dosis en que se debe ingerir un medicamento.

Por otro lado, se puede distinguir con claridad la información que el médico debe proporcionar al paciente con la finalidad de que este concurra, mediante su asentimiento o consentimiento, a la decisión de someterse a uno u otro tratamiento. Normalmente se entiende que comprende la información del diagnóstico, el curso del proceso, y los riesgos de la intervención. Este tipo de información se suele tratar en el marco de los requisitos de validez del consentimiento y de las causales de justificación (específicamente, por la intromisión en la integridad física del paciente)...

Respecto de este asunto, nos parece que si nos tomamos en serio la vigencia del modelo de la autonomía del paciente no se puede sino entender que la información asentiva forma parte, al igual que la información terapéutica, de los deberes de información que están a cargo del médico. De lo anterior que no pueda predicarse -con apego a la lógica- que “un acto médico fue realizado correctamente, pero no fue debidamente consentido por el paciente”. Bajo la razón del paradigma de la autonomía, tan parte del acto médico es la información asentiva como la terapéutica y, por ello, la infracción de ambos tipos de deberes supone una infracción a la lex artis médica apta para comprometer la responsabilidad del facultativo, en caso de que se acredite el resto de los extremos del juicio de responsabilidad. (p. 71 - 73)

Tipo de Obligación del Personal Médico

En relación con la actividad médica se ha debatido si esta responde a una obligación de medios o a una obligación de resultados.

La actividad médica si bien se alimenta de las ciencias exactas, como puede ser la biología o la química, su aplicación en el ser humano es inexacta, en el entendido que la naturaleza del cuerpo humano si bien es unívoca, el comportamiento de este, no lo es. Múltiples factores que van

desde la edad, el factor genético, la actividad física que se practique o la alimentación que se tenga, influyen en las enfermedades que se pueden desarrollar, la forma en la cual estas se puede diagnosticar y el abordaje a través del cual se logran tratar. Sin embargo, el norte de la vocación médica es que las personas puedan sanarse, o en su defecto, si la muerte es inevitable, el proceso hacia esta sea el que implique menos dolor y permita una mayor supervivencia.

Lo anterior, conforme la historia lo demuestra, ha motivado al avance constante y permanente de la medicina, dentro de lo cual se incluye desde un mejor y mayor conocimiento del cuerpo humano, para pasar por el desarrollo de tecnologías y técnicas más modernas que facilitan el diagnóstico como el eventual tratamiento de una enfermedad, hasta terminar, en la mejora de los medicamentos que se suministran.

El ser humano en su afán de progreso estimula la persecución de tener una vida más longeva y saludable. Ante esto, la actividad médica ha jugado un papel trascendental, de ahí, que, de forma paralela, de parte de la sociedad, el personal sanitario, especialmente el médico, está sometido a una constante exigencia de perfeccionamiento, con el fin de lograr mejores diagnósticos y tratamientos. Por lo tanto, un fallo en aquellos provoca un juicio de reprochabilidad severo con el objetivo de obtener sanción y reparación por los daños que se puedan padecer.

Lo expuesto parece una justificación de carácter sociológica; no obstante, es la base para el desarrollo de la ciencia jurídica en lo que respecta al campo de la responsabilidad civil. Esto significa que una actividad médica si no responde a sus fines y peor aún, si provoca un daño, será sometida a reproche y quien la ejecute de forma defectuosa, estará compelido a resarcir.

Ante esto, surge la pregunta, la actividad médica responde a una obligación de medios o a una obligación de resultado. La respuesta – en principio – es que la actividad médica atiende a una obligación de medios, por lo tanto, veamos las diferencias entre una y otro tipo de obligación.

La obligación de medios implica que quien está sujeto a satisfacerla, deberá poner todos los medios a su alcance, sean intelectuales o técnicos, para poder cumplir. Por su parte, en la obligación de resultado, el cumplimiento de aquella exige la obtención del resultado prometido.

El personal sanitario, especialmente el médico, no puede prometer un resultado como tal en el diagnóstico y tratamiento de un paciente; pero sí está obligado a ejecutar las mejores prácticas médicas disponibles con el fin de favorecer la curación o sobrevida de una persona enferma.

Al respecto Rozo (1999) expresa lo siguiente:

La diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es una diferencia entre dos distintos objetos de la prestación. Precisamente, en las primeras la prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad del deudor, y el deudor cumple con la obligación si ejerce de la manera debida la actividad que le corresponde. Al contrario, en las segundas lo que es debido es el resultado, y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. Si el resultado no se realiza la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente.
(p. 139)

La cita anterior deja en claro que, a nivel de las obligaciones de medios, el enfoque se dirige hacia la conducta del obligado, en el entendido que aquel satisface la obligación si ha atendido el principio de diligencia debida.

Por último, si bien la tesis prevaleciente es aquella en la cual la actividad médica gira sobre una obligación de medios, no quiere decir, que un profesional en salud no puede acordar un resultado específico o concreto. Ejemplo de esto es la medicina estética, en la cual no existe una patología física previa que justifique su aplicación sobre una persona, como si sucede cuando hay de por medio una enfermedad por tratar. El mero hecho de que haya una invasión sobre el cuerpo de la persona, que puede comprometer su salud o vida, exige cuestionar si para este tipo de actividad médica, ante un incumplimiento de lo pactado, se puede hablar de una obligación de resultado y no de medios. Se estima que el caso concreto determinará cuál clasificación pesará más al final.

Régimen de Responsabilidad Médica Dual

El régimen de responsabilidad civil médica en Costa Rica se puede afirmar que es dual, sea que la responsabilidad puede emanar de una dinámica contractual como extracontractual.

En el caso costarricense la mayoría de los servicios médicos nacen de la seguridad social. La mayoría de los pacientes atendidos en los hospitales del Estado gozan de la condición de asegurados, por lo tanto, el vínculo contractual es con la seguridad social, como consecuencia del seguro médico que hay de por medio.

Por su parte, el personal sanitario de la seguridad social mantiene una relación de trabajo con aquella, pero no mantiene una relación laboral ni profesional con los pacientes a los cuales sirven. Razón por la cual, si consecuencia de los servicios médicos otorgados por el personal sanitario de los servicios de salud de la seguridad social se produce un daño a un paciente, la responsabilidad civil médica será de carácter extracontractual. Responsabilidad que será atribuida en la mayoría de los casos por razones de naturaleza culposa.

No obstante, en Costa Rica, de igual forma, existen servicios médicos privados, donde las personas que son atendidos en estos generan relaciones contractuales tanto con los profesionales de salud que los atienden, como con los hospitales privados donde son tratados. Son relaciones contractuales que, según el caso, pueden ser individualizadas o no. Esto porque el personal médico, no siempre responde a una relación laboral con el hospital privado. Ejemplo, no es lo mismo ser atendido en una situación de emergencia donde no hay selección previa ni convenio de por medio con el personal médico que atiende, a diferencia, cuando hay un diagnóstico y un tratamiento médico, bajo formas controladas, sea porque el paciente escoge y conviene con el médico de su elección. Asimismo, el criterio de imputación ante la producción de un daño, en la mayoría de los casos será culposa.

En Costa Rica el régimen de responsabilidad civil es antiguo y sumamente genérico. Si bien el fundamento legal existe para poder determinar la responsabilidad civil médica en caso de que esta se haga manifiesta y otorgar la respectiva indemnización que aquella amerite, el planteamiento de una legislación especial no está de más. El tipo de intereses jurídicos tutelados que hay, al entender que la vida y la salud de las personas están de por medio, justifica la creación de un régimen especial de responsabilidad civil médica que complemente el régimen general de la responsabilidad civil.

El Contrato de Prestación de Servicios Médicos

El contrato de prestación de servicios médicos es aquel que se pacta entre el médico y su equipo auxiliar con el paciente que contrata dicho tipo de servicios. Como acuerdo entre partes de carácter bilateral por la reciprocidad de lo pactado, esto implica que las obligaciones convenidas ante una situación de quebranto den mérito a la solicitud de ejecución forzosa del contrato o la resolución de aquel más daños y perjuicios. Sin embargo, por la naturaleza de las obligaciones

pactadas, no siempre la ejecución forzosa es posible ni la resolución por incumplimiento. Esto, porque en atención al tipo de servicios acordados, podemos estar frente a una obligación de hacer de tipo no fungible, ya que el médico contratado goza de una serie de atestados o características personales (*intuitu personae*) correspondientes a su profesión que hace imposible ser sustituido por otro médico, aunque este último ejerza la misma especialidad. Por otro lado, la resolución contractual en un contrato de prestación de servicios médicos podrá ser posible dependiendo del estadio en el cual se encuentre el proceso de ejecución contractual, ya que los efectos desencadenados con la puesta en marcha del contrato pueden ser de carácter irreversible, que genera una situación imposible de retracción a un estado primitivo de la relación jurídica. Por lo tanto, ante un incumplimiento, es posible que el único escenario posible de resarcimiento sea el cobro de daños y perjuicios.

Es de suma importancia tener claro que la obligación de prestación de servicios médicos es una obligación de carácter no patrimonial, ya que los intereses jurídicos sometidos a tutela son la salud y la vida. Esto tiene una trascendencia tal, que impactará de manera definitiva en el tipo de daño que pueda reclamarse para su debida indemnización, sin que el tipo de obligación limite la naturaleza de los daños que puedan requerirse sean resarcidos.

Lo anterior nos devuelve a la discusión si a nivel de un contrato de prestación de servicios médicos se hace referencia a una obligación de medios o de resultado. No obstante, para definir esto será vital conocer caso por caso y de esta forma determinar qué tipo de patología será tratada en una persona. Esto marcará el derrotero por seguir en el análisis del incumplimiento contractual.

Asimismo, no podemos dejar de lado en esta exposición que dentro de los elementos estructurales esenciales de este tipo de contrato está el consentimiento por el acuerdo de voluntades surgido y su respectiva manifestación. Sin embargo, el consentimiento deberá ser informado. El

paciente tiene derecho a conocer las implicaciones del tratamiento al cuál será sometido, así como, las consecuencias temporales o permanentes que pueden producirse, y los riesgos de no llevar a cabo el procedimiento que debe o necesita recibir.

Sobre este tema Vidal (2020) ha indicado:

Sin embargo, la ciencia médica, aún más hoy, propone ante una misma patología más de un procedimiento o tratamiento, cada uno con riesgos y posibles secuelas diversas. Siendo así, el consentimiento al que se alude, elemento esencial de todo contrato, difiere de aquel consentimiento del derecho común (artículo 1445 del Código Civil), y difiere, porque es un consentimiento cualificado. Y la cualificación consiste en que debe tratarse de un consentimiento informado. El paciente, por regla general, carece del conocimiento sobre el o los distintos tratamientos y, sobre todo, de los riesgos asociados a cada uno. Y como carece de tales conocimientos, será la figura médica quien deberá proporcionarle la información suficiente y clara acerca de tales procedimientos o tratamientos y riesgos. Sólo en la medida que la primera cumpla con este deber de información, el paciente estará en situación de tomar una decisión sobre si se somete a tal o cual procedimiento o, en último término, si se somete a alguno. Y es por esta razón que la ley impone, en términos estrictos, al profesional médico un deber de información, cuyo contenido debe ser tal que permita al paciente aceptar o rechazar un tratamiento o procedimiento determinado.

(p.35)

En este orden de ideas, la Ley N° 5395 Ley General de Salud en su artículo 22 expresa lo siguiente:

Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia. (Ley General de Salud. 30 de Octubre de 1973)

Asimismo, sobre esta misma temática, la Ley N° 8239 sobre los Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, en su artículo 2 indica en calidad de derechos de los pacientes lo siguiente:

c) Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico.

i) Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación.

m) Hacer que se respete el carácter confidencial de su historia clínica y de toda la información relativa a su enfermedad salvo cuando, por ley especial, deba darse noticia a las autoridades sanitarias. En casos de docencia, las personas usuarias de los servicios de salud deberán otorgar su consentimiento para que su padecimiento sea analizado.

Por otra parte, en la citada ley, en su artículo 3, se dispone como deberes de los usuarios de los servicios de salud en correspondencia a los derechos dados, lo siguiente:

a) Proporcionar la información más completa posible en relación con su estado de salud, enfermedades anteriores, hospitalizaciones, medicamentos y otras condiciones relacionadas con su salud.

b) Cumplir las instrucciones e indicaciones que les brinde, en forma adecuada, el personal de salud.

c) Responsabilizarse por sus acciones u omisiones, cuando no sigan las instrucciones de su proveedor del cuidado médico.

Por lo tanto, queda claro, que el personal médico nunca estará eximido de informar, pero a la vez, queda claro, que en situaciones de urgencia o según manifestaciones conocidas de parte del paciente, el consentimiento se tendrá por dado de forma tácita.

Negligencia, Imprudencia e Impericia Médica

La negligencia, la imprudencia y la impericia médica son aquellas manifestaciones que nacen de una falta al deber objetivo de cuidado, donde no se atiende el principio de debida diligencia por parte de aquel quien, al otorgar un servicio médico, debía satisfacer un mínimo de cuidados para que el paciente sometido a su trato se pudiera curar o en su defecto, gozar de sobrevida.

La ausencia de un vínculo jurídico previo que compele a cumplir con determinado tipo de pretensión no exime al personal médico de tomar las medidas necesarias para que la salud y la vida de un paciente no se vean comprometidas a través del servicio que brindan.

El parámetro básico para saber si hubo negligencia, imprudencia o impericia de parte del personal médico en el diagnóstico y tratamiento de un paciente será la llamada Lex Artis. A partir

de esta, se podrá analizar con mayor profundidad el origen y desarrollo del descuido que desembocó en un hecho lesivo con consecuencias dañinas.

Al respecto el Decreto N° 39609-S en su artículo 35 define:

Todo acto profesional que se haga con negligencia, imprudencia o impericia, se debe considerar como reñido con la ética.

Será negligente aquel profesional que, poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, por descuido no los haya aplicado.

Actúa con imprudencia aquel médico que poseyendo los recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario.

Un diagnóstico equivocado, o el fracaso de un tratamiento o de cualquier otra acción médica habiéndose usado todos los elementos disponibles, no constituye necesariamente negligencia.

Constituye impericia la falta de los conocimientos o destrezas requeridas para la ejecución del acto médico específico que se trata.

La falta de recursos tecnológicos, cuya existencia no dependa del médico tratante, no acarrea responsabilidad alguna para el facultativo.

No obstante, es deber de todo médico comunicar formalmente a sus superiores jerárquicos las deficiencias del sistema sanitario en que trabaja, cuando éstas puedan

afectar la adecuada atención de los pacientes. (Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. 22 de febrero de 2016)

De la Culpa al Daño

El estudio practicado ha permitido entrelazar las concepciones vigentes con los abordajes más modernos que se hacen hacia la materia de la responsabilidad civil, eso nos obliga a plantear un nuevo enfoque cuando analizamos la responsabilidad civil que emana de la actividad médica. Este nuevo enfoque debe ser el daño, como elemento central y medular de la responsabilidad médica.

El objetivo de aquello es superar el factor conductual y trasladar la orientación hacia el daño como tal, desde una óptica tanto preventiva como reparadora. En este último aspecto, la puesta en peligro o lesión a un interés jurídico tutelado merece resarcimiento. La falta al deber de cuidado como principal criterio de atribución en materia de responsabilidad médica no será ajena, pero el enfoque ya no será la conducta como tal sino el daño generado. Es decir, no es que el comportamiento del victimario se omita, sino que el daño padecido por la víctima concentrará la atención al momento de juzgar, reprochar y resarcir.

En Argentina, todo el régimen de responsabilidad civil se modificó en el Código Civil y Comercial de la Nación que empezó a regir desde el año 2015. Esto es relevante, ya que a partir del numeral 1708 se plasma el abordaje descrito. Ejemplo de lo aquí aseverado:

ARTÍCULO 1708. Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

ARTÍCULO 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena

fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

ARTÍCULO 1716. Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código. (Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994. 1 octubre de 2014)

El modelo argentino si bien no es perfecto, se rescata porque si se compara con el régimen de responsabilidad civil de Costa Rica, demuestra que la legislación costarricense es en algunos aspectos anacrónica y en otros, desordenada. El régimen de responsabilidad civil de Costa Rica se ha ido modernizando de forma paulatina, pero el mismo está disperso a nivel del ordenamiento jurídico y ha sido modificado, pero sin una lógica de integralidad. Es decir, cambios e innovaciones que solamente han respondido a la necesidad que implica el avance del tiempo y la modificación de las circunstancias socioeconómicas de una sociedad, pero que omiten a la vez, la exigencia de un ordenamiento normativo integral, pleno y congruente.

El giro de 180 grados que significa enfocar la responsabilidad civil hacia el daño, más que la acción u omisión que lo genera es importante desde la perspectiva de la responsabilidad médica porque los intereses jurídicos involucrados en esta son de la más alta valía, sea la vida y la salud de las personas.

Hacia un Régimen Orgánico y Funcional. Un Acercamiento al Caso de Chile

El impacto de la responsabilidad civil médica es de un alcance que exige plantearse un régimen de responsabilidad especializado, que atienda aspectos orgánicos como funcionales, que dé cobertura a víctimas de un daño consecuencia de la actividad médica, independientemente de que aquella sea otorgada dentro o fuera de la seguridad social, entiéndase que el servicio nazca en el sector público o privado.

En Chile, en el año 2004 se echó a andar una iniciativa legal que aspiró a lo referido anteriormente, sea la Ley N° 19966, la cual establece un régimen de garantías de salud. En el Título III de dicha ley se plasma un apartado dedicado a la responsabilidad sanitaria, el cual se define de manera general de la siguiente forma:

Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.

Artículo 39.- En el caso señalado en el inciso final del artículo anterior, los órganos de la Administración del Estado deberán instruir la investigación sumaria o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de notificada la sentencia de término.

Artículo 40.- La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión.

Artículo 41.- La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos.

Artículo 42.- El Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente, de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley, siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar.

Responderán del incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud los prestadores inscritos ante la Superintendencia de Salud, y no las instituciones mencionadas en el inciso anterior, en caso de que el referido incumplimiento sea consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores. (Ley Régimen de Garantías en Salud Ley 19966. 25 de agosto de 2004)

Del referido cuerpo normativo chileno se desprenden dos aspectos notables a la luz del derecho de la responsabilidad civil. En primer lugar, se dispone un régimen subjetivo de responsabilidad para los órganos de administración sanitarios del Estado; ya que la víctima deberá probar la acción u omisión generadora del daño. Consecuencia de aquello, la administración tendrá acción de repetición contra los funcionarios que producto de su actuación el servicio haya sido condenado. En segunda instancia, el reconocimiento de daño moral se puede interpretar que actúa a modo de daño punitivo, ya que el juez en su juicio de reproche debe observar una serie de elementos que trascienden el mero criterio de equidad, con el fin de otorgar el daño moral de forma acorde a la gravedad del daño y en relación con ciertas condiciones de la víctima de aquel.

Si lo anterior se compara con el régimen de responsabilidad civil de Costa Rica, se sabe que la seguridad social o empresas de servicios médicos privados responden civilmente desde una base objetiva; mientras que el reconocimiento del daño moral si bien en algunos casos por parte de algunos operadores jurídicos se utiliza en calidad de reconocimiento de daño punitivo, este último tipo de daño dentro del ordenamiento positivo costarricense carece de fundamento para que sea validado por parte de un juez, ni siquiera después de realizar una interpretación analógica o integradora con otras normas de rango legal.

Es importante resaltar el esfuerzo chileno de unificar y establecer un régimen de garantías de salud con su correspondiente sistema de responsabilidad sanitaria. Un esfuerzo de tal naturaleza, con defectos y virtudes, permitiría dar una base normativa integral aplicable a la prevención y reparación de los daños derivados de la responsabilidad médica.

En Costa Rica la Ley N° 8239 sobre los Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados y su Reglamento N° 32612 de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados, si bien buscan

dar reconocimiento a los derechos y deberes de los pacientes de los servicios de salud y brinda el parámetro necesario para someter a valoración y reproche el otorgamiento de servicios de salud en instancias públicas o privadas desde una óptica administrativa, dicho conjunto normativo deja expuesto como el legislador y el Poder Ejecutivo perdieron una oportunidad valiosa para echar andar un régimen especial de responsabilidad civil médica, lo cual provoca que se mantenga una obligada referencia al régimen de responsabilidad civil general.

Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia

Un chance u oportunidad que se perdió producto de un hecho antijurídico. Esa pérdida es el daño y quien con su accionar lo generó, responde por este.

Sobre la pérdida de chance en calidad de daño indemnizable se desarrolló un capítulo entero con la finalidad de explicar dicha figura jurídica desde una óptica genérica y con esto, la misma pudiese ser entendida.

Ahora, se analizará la citada figura, pero se enfoca aquella hacia la pérdida de una oportunidad de curación o supervivencia. Esa pérdida que impidió que el paciente sanará como debía, que provocó una lesión permanente o incluso desencadenó la muerte de la persona en el peor de los escenarios. Esa misma pérdida que si no se hubiese dado, el paciente hubiera vivido dignamente el periodo de vida que le quedaba o hubiese vivido más de lo proyectado, para beneficio de aquel y de su familia.

Este tipo de daño es catalogado de forma ordinaria como un tipo de mal praxis profesional, precisamente porque este se materializa consecuencia de una incorrecta o nula aplicación de la llamada *lex artis* en el servicio médico sanitario.

En el caso de Costa Rica el tratamiento doctrinal sobre la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia ha sido superficial y a nivel judicial, hay únicamente dos casos verificables en casación en donde hubo una referencia directa sobre esta figura. El primero fue a través del voto N° 001454 – 2022 de las 10 horas 07 minutos del 29 de junio de 2022 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En aquella ocasión el litigante reclamó que el Tribunal recurrido no resolvió, en particular, si concedía o no indemnización por este extremo, ni brindó motivación alguna sobre su admisión o rechazo, existiendo para quien demandó un evidente vicio de incongruencia en la sentencia casada. El daño no fue reconocido por el alto tribunal el cual indicó que esa falta de congruencia no se materializó. El otro caso, es el que se conoce mediante el voto N° 000559 – 2024 de las 09 horas 55 minutos del 30 de mayo de 2024, dictado de igual manera por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En este, la figura de pérdida de chance de curación se manejó bajo la denominación de pérdida de oportunidad de evitar un daño biológico. El daño reclamado se denegó porque la cámara de casación estimó que la parte actora le había sido satisfecho el proceso de consentimiento informado.

Esta última resolución, de las dos referidas, es la más rica en análisis sobre esta tesitura, precisamente por traer a colación el modelo “participativo-informativo”, porque deja en claro como la parte actora y reclamante de aquella pérdida de oportunidad de evitar un daño biológico, fue informada según los parámetros establecidos por las autoridades sanitarias para tales fines sobre las implicaciones de su padecimiento y del procedimiento a practicar. Al respecto la citada resolución judicial de la Sala Primera señaló:

XI. Criterio de la Sala. Reza el canon 22 de la Ley 5395 General de Salud: “Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique grave riesgo

para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de urgencia” (el subrayado se agrega). El Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobado por la Junta Directiva de esa entidad, en el artículo 25 de la sesión 8601 del 20 de setiembre de 2012, define en su mandato primero el consentimiento informado como “proceso de comunicación continua, predominantemente oral, entre los funcionarios de salud y la persona usuaria, que reconoce el derecho de ésta a participar activamente en la toma de decisiones, respecto a los procedimientos preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica, todos los anteriores relacionados con su salud, según sea así requerido por criterio profesional calificado. Se entiende, en primer lugar, como el derecho de la persona usuaria a obtener información y explicaciones adecuadas de la naturaleza de su condición o enfermedad, y del balance entre los beneficios y los riesgos de los procedimientos clínicos recomendados; y, en segundo lugar, como el derecho de la misma persona usuaria a consentir o no el procedimiento clínico recomendado. Debe obtenerse con obligatoriedad de manera previa a la realización de un procedimiento clínico específico” (el subrayado y negrita se agregan). El artículo 4 repite que es un proceso de comunicación que permite a la persona usuaria tomar decisiones libres y voluntarias a la realización de un procedimiento clínico recomendado por el profesional de salud, el cual “por obligatoriedad se debe aplicar en forma oral o por medios alternativos de comunicación cuando corresponda, de manera adecuada a la capacidad de comprensión de la persona usuaria, su representante legal o persona autorizada por esta, en todo procedimiento clínico” (el subrayado se agrega); y

sobre este el profesional de salud debe dejar constancia escrita, en el expediente o registro respectivo, de manera previa a la realización de un procedimiento clínico que supone riesgos o inconvenientes de evidente repercusión negativa. Merece destacar a los efectos del presente asunto que, conforme al precepto 5, entre las condiciones necesarias para este proceso de consentimiento informado, el profesional de salud debe contar o tener disponibilidad del documento de atención en casos de emergencias, para el registro de la voluntad de la persona usuaria (inciso k). Dispone el canon 9 de este Reglamento, inciso b) que no es necesario el consentimiento de la persona usuaria en los casos de atención de emergencia clínica, que impliquen la aplicación de procedimientos clínicos de forma inmediata, con imposibilidad real de informar a la persona usuaria o a aquella con esta vinculada; de lo cual debe quedar constancia en el expediente de salud o en el registro respectivo. Interesa destacar a su vez el artículo 12, que contempla el “Formulario “Consentimiento Informado””. Reza la norma, este documento que debe llenarse mediante escritura, ha de emplearse obligatoriamente procedimientos clínicos de: “I. Intervenciones quirúrgicas. [-] II. Procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud de la persona usuaria. [-] III. Procedimientos que la ley establezca”. En el último párrafo establece que” La suscripción de este formulario no sustituye la realización del procedimiento informado”. De lo anterior, comprende esta Sala que el consentimiento informado es un proceso de comunicación, predominantemente oral, del cual el profesional en salud debe dejar constancia escrita en el expediente de salud o registro respectivo, y que tratándose de intervenciones quirúrgicas o de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud, debe además completarse con

el documento escrito denominado Formulario de Consentimiento Informado. De este proceso —y por obvias razones, de este formulario— están relevadas las intervenciones o situaciones de urgencia. En el presente asunto, no queda duda que lo acontecido a la señora Gutiérrez Chacón fue una urgencia, lo que, de entrada, excluye como el requerimiento del proceso de consentimiento informado. Asevera el apoderado de la actora que de conformidad con el expediente médico y el informe 2019-00000598 del Departamento de Medicina Legal, su representada fue atendida a las 7 horas 27 minutos del 10 de noviembre de 2016, en el área de urgencias del Hospital, que a las 10 horas 20 minutos se registró una nueva anotación “Se explora y hay machacamiento del 3er dedo...” y que a las 11 horas 20 del mismo día se registra su egreso. En su parecer, hubo tiempo suficiente para informar a la paciente para que rindiera consentimiento. A juicio de esta Sala el proceso de consentimiento, tal cual está definido por los mandatos 1 y 4 del Reglamento del Consentimiento Informado en la Práctica Asistencial en la Caja Costarricense de Seguro Social fue desplegado por el profesional, a pesar de que se trató de una emergencia u urgencia, precisamente por cuanto el estado de salud de la paciente permitió se le explicase la intervención quirúrgica. Si bien tratándose de intervenciones quirúrgicas el precepto 12 demanda se complete por escrito un Formulario de Consentimiento Informado, estima esta Sala que no puede extenderse esta exigencia a las situaciones de urgencia, que por regla general están incluso exentas del proceso de consentimiento informado, ni siquiera en casos como el presente en el que entre el ingreso de la paciente y su egreso transcurrió un tiempo de casi 4 horas. En este punto debe considerarse que el ingreso se dio al área de urgencias, donde se reciben personas varias, con diferentes grados de urgencia, que en criterio de esta Cámara tornan un contrasentido

pedir que los profesionales de salud deban detenerse en la revisión de las múltiples situaciones que se presentan y tomarse el tiempo para llenar tal documento. Ha de resaltarse que, en todo caso, la existencia del formulario no sustituye el proceso de consentimiento informado, según se lee el párrafo final del artículo 12. Esto resulta de relevancia, pues no deben confundirse; valga insistir en que el consentimiento informado es predominantemente oral. En el sub judice, como bien destacó el Tribunal, la propia actora, en el hecho 7 su demanda refirió que el médico Tassara Orpina observó el dedo lesionado, le realizó preguntas generales de su estado de salud y le indicó “Señora, vea, yo podría entrar a cirugía con usted para ponerle varios pines pequeños y así tratar el dedo bien, pero la recuperación va a ser lenta, se va a infectar por ser una mordedura de perro y siempre, al final, se lo voy a cortar. Mejor de una vez lo hacemos, porque si tratamos con la cirugía, al final va a ser lo mismo, una amputación”. La actora no manifestó, menos aún demostró, que luego de esa información hubiese expresado su deseo de que no se procediera con la amputación; por el contrario, que se le practicara. El médico le mencionó la posibilidad de no amputar el dedo y le explicó los riesgos que ese procedimiento tenía para su salud, razón por la cual recomendaba la amputación. Con este proceder, descrito por la propia actora, y en consideración del tiempo entre el ingreso y el egreso a que se hace referencia en la impugnación, esta Sala tiene por cumplido el proceso oral de consentimiento informado que puede exigirse ante esta particular situación de emergencia en que se encontraba la actora. No se pierde de vista así, por un lado, que se trató de una urgencia; pero tampoco el que la gravedad de esta no excluyó absolutamente la exigencia de consentimiento informado oral, y que este fue satisfecho. El segmento que del dictamen pericial 2018-0009384 destaca el apoderado de

la parte demandante, contrario a su decir, acredita que el procedimiento recomendado y practicado por el galeno Tassara Orpina era conveniente para la lesión que padecía, la cual tenía un factor adicional de riesgo, cual es la contaminación, por tratarse de mordedura canica. Así, desde la perspectiva técnica no existe reproche alguno contra el demandado Tassara Orpina ni contra la CCSS, lo que se suma a que, para esta Sala, se repite, sí se cumplió con el proceso de consentimiento informado dadas las circunstancias descritas; último esto que trae al traste la responsabilidad por la supuesta pérdida de oportunidad de evitar el daño biológico, peticionada como pretensión subsidiaria. No se verifica así la infracción de los preceptos 22 de la Ley General de Salud y 46 de la Carta Magna; tampoco del artículo 46 del Código Civil, relativo al derecho de las personas a ser sometidas un examen o tratamiento médico, ni al mandato 2 de la Ley 8239. (Voto N° 000559 – 2024 de las 09 horas 55 minutos del 30 de mayo de 2024. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.)

Por otra parte, de la doctrina nacional se rescata lo que Torrealba menciona al respecto, ya que no sólo deja claro lo polémico que es el tema de pérdida de oportunidad de curación o de supervivencia dentro del mundo jurídico; sino que, a la vez, dicho autor menciona como en Francia y España, países cuyo ordenamiento jurídico es de corte continental, al igual que el ordenamiento de Costa Rica, sí han reconocido tanto en sede judicial como en sede administrativa este tipo de daño indemnizable. Algo que, a todas luces, obliga a los operadores jurídicos costarricenses, especialmente los judiciales, a echar un vistazo al proceder en esas y otras latitudes. Lo anterior no sólo porque dichos sistemas jurídicos europeos gocen de un mayor desarrollo, lo cual así lo es, sino porque la salud y la vida de las personas, independientemente de su nacionalidad, son siempre merecedoras de tutela efectiva a través del reconocimiento de esta clase de daño indemnizable.

Señala Torrealba (2010):

Quizá el ámbito más polémico de la pérdida de chance, es el relativo a la pérdida de oportunidades de curación o de supervivencia. Es aquí donde suelen encabritarse los guardianes de la ortodoxia, oponiéndose violentamente al resarcimiento de daños hipotéticos o conjeturales. No hay forma humana –dicen– de conocer, con plena certeza, cómo se hubiera comportado o reaccionado el organismo humano, de haber recibido tal o cual tratamiento o de haberse diagnosticado tal o cual dolencia en un momento determinado. Y es que en materia de faltas médicas suele presentarse una imbricada concurrencia de procesos causales. El paciente ya presenta problemas de salud. Al momento en que el galeno es llamado a intervenir, ya está en curso un proceso causal debido a la enfermedad o las lesiones que sufre la persona. Las preguntas siempre difíciles de responder son: 1. ¿De qué modo la actuación médica (activa u omisiva) vino a entrelazarse con el proceso causal preexistente?; 2. ¿Qué efectos hubiera tenido una actuación distinta?; 3. En tal caso, ¿habría mejorado la salud del paciente? Y, finalmente –a fin de paliar o acaso reducir la incertidumbre--: ¿Perdió, al menos, el paciente, a causa de la actuación médica, una oportunidad razonable y seria de salvar la vida o de mejorar su estado de salud? Las dificultades suelen acentuarse debido al hecho de que usualmente, en tales campos, los dictámenes periciales suelen ser extremadamente prudentes y conservadores en cuanto al establecimiento de vínculos de causalidad.

A pesar de las dificultades probatorias y de principio, la jurisprudencia favorable al resarcimiento de pérdidas de chances de supervivencia y de curación es abundante, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público. En Francia, tanto la Corte de

Casación como el Consejo de Estado tienen establecido el carácter indemnizable de este tipo de daños, desde mediados de los años sesenta.

La jurisprudencia administrativa francesa ha acogido reclamos de indemnización de pérdida de chances de supervivencia y curación originadas – usualmente – en faltas de organización y servicio de los hospitales estatales y – excepcionalmente – en factores objetivos de atribución de responsabilidad administrativa. El juez administrativo, al igual que el juez judicial, no ha observado, en el alea consubstancial a los aspectos relativos a la salud, óbice para rechazar los reclamos de pérdida de oportunidad de curación o supervivencia. Dicho alea no elimina el carácter de prejudice certain. A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes pérdidas indemnizables de oportunidad: de evitar una amputación, originada en la falta grave de un cirujano; de supervivencia, a causa de un retardo injustificado – de más de 26 horas – en la transmisión de los resultados de exámenes de laboratorio; de recobrar el uso normal de una pierna, a causa de un error de diagnóstico y de la realización tardía de exámenes de laboratorio; de recuperación de la fuerza muscular, a causa de la excesiva dilación entre dos operaciones; de supervivencia, a causa del reenvío negligente a otro hospital, etc. Mención aparte merecen otras hipótesis en las que la falta de información oportuna o suficiente – al paciente o a sus parientes –, ha sido considerada como la causante de la pérdida de oportunidad de curación. A causa de dicha omisión, el paciente o sus parientes no han podido decidir, por ejemplo, el oportuno traslado a un centro especializado. En otros casos la causa eficiente de la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia es la desatención negligente, por parte del personal del centro hospitalario, de las advertencias efectuadas por los parientes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español registra el caso de una pérdida de oportunidad de reimplantación de la mano amputada de un trabajador, a causa de haber sido transportada la mano en hielo sintético y no en hielo natural. (p.154-156)

Asimismo, Batalla (2010), quien al igual que Torrealba ha alimentado la doctrina costarricense al respecto, refiere sobre el tema en cuestión lo siguiente:

En un estudio comprensivo sobre el tema, los autores Juan Manuel Prevot y Rubén Alberto Chaia, identifican los orígenes de esta categoría en la doctrina y la jurisprudencia francesa, la cual posteriormente se vio desarrollada por múltiples ordenamientos, siendo actualmente el common law, específicamente los Estados Unidos, quienes han brindado los aportes más recientes al tema...

Es por ello que la doctrina ha dicho que para estos casos en particular: “Lo que causa la culpa médica es un perjuicio intermedio, que consiste en la obstrucción de la posibilidad de sanar, curar o mejorar. No hay vínculo causal entre el daño terminal (muerte o lesiones) y el acto médico negligente. Sí lo hay, en cambio, entre la omisión (o acción imperita) y la pérdida de una probabilidad de sanar o vivir”. El chance es cierto, lo incierto es el resultado, ya que nunca se sabrá con exactitud si el paciente, de haber obrado diligentemente el médico, hubiera curado o sanado. (p.72-73)

Del aporte de Batalla debe rescatarse la referencia que hace en cuanto al hecho de que, si bien el origen de la categoría de pérdida de chance de curación o supervivencia responde a una figura de origen francés, es en los Estados Unidos de América, un país del common law, donde se han dado los aportes más recientes sobre esta temática. Aspecto que suma a la necesidad de aceptación y adopción de esta figura dentro del ordenamiento jurídico de Costa Rica por parte de

sus operadores. Lo anterior deja expuesto, cómo, sin importar dinámicas o estructuras jurídicas de los países, la vida y salud de las personas obligan a tutelar dichos derechos fundamentales de forma efectiva por los medios que sean necesarios.

La referencia al desarrollo de la figura de pérdida de chance de curación o supervivencia en los Estados Unidos de América, se apoya en el estudio expuesto en el artículo titulado *Genomic medicine and the “loss of chance” medical malpractice doctrine*, donde Wagner y Meyer (2021) señalan que:

La doctrina de la pérdida de chance en los Estados Unidos al 11 noviembre de 2019, observando exclusivamente a los 50 estados, una mayoría (29; 58%) ha adoptado la doctrina de la pérdida de chance, 15 (30%) la han rechazado, y unos pocos (6; 12%) han diferido una decisión o aún no se ha pronunciado sobre dicha doctrina. En años recientes, ha habido una modesta tendencia hacia la adopción de la doctrina de la pérdida de chance.
(p.3)

Pérdida de Chance de Curación o Supervivencia. El Caso Chileno

El caso de Chile es un caso digno de revisión y de referencia cuando se analiza el caso de Costa Rica en lo que respecta a la adopción y desarrollo del instituto de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia. El estudio del caso chileno permite desarrollar paralelismos entre ambos países. Esto ayuda al desarrollo y mayor y mejor adopción de dicha figura por parte de los operadores jurídicos costarricenses.

En primer lugar, debe indicarse que Chile es un país con características sociales, económicas y jurídicas similares a las de Costa Rica, mientras que culturalmente nos une desde

una misma lengua hasta una misma tradición jurídica, todo lo anterior abona al ejercicio comparativo que aquí se materializa.

Sin embargo, el factor más relevante para que Chile sirva de punto de comparación y referencia, es que dicho país incorporó la doctrina de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia dentro de su ordenamiento jurídico hace poco tiempo y mediante la vía jurisprudencial. No obstante, la aplicación y adopción de este instituto ha sido mucho mayor y más acelerado que en el caso de Costa Rica.

Abordaje Doctrinario. En un primer acercamiento sobre esta temática, Tapia (2003) indicó lo siguiente:

Pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir.

Concepto y alcance de la reparación. La pérdida de una oportunidad, esto es, la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual. La hipótesis es de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego (recobrar la salud) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (no efectuó un examen). Un ejemplo típico es la imposibilidad de acceder a una profesión cuando la víctima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla. En materia médica, especial importancia tiene la pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir, que justifica la condena del médico que con su falta (no operar a tiempo, no exigir otros exámenes, etc.) hizo perder a la víctima chances de recuperación. Aunque, en este ámbito, la jurisprudencia comparada utiliza frecuentemente (y de forma indebida) la teoría de la pérdida de una oportunidad

para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad y condenar de forma parcial al médico (y no por la muerte o la agravación del paciente). Existen resguardos para evitar que la pérdida de una oportunidad extienda la reparación a los límites de la especulación: se exige que la oportunidad perdida sea real y seria. En esencia, significa que se niega la reparación si existía una baja probabilidad objetiva de obtener el bien en juego (el paciente tenía muy pocas posibilidades de sanar o sobrevivir). De todas formas, como en este daño interviene un fuerte elemento aleatorio, su reparación es siempre parcial, es decir, no puede ser igual al valor de la ganancia esperada o de la pérdida sufrida, sino a una suma que se obtiene multiplicando el monto de esa ganancia o pérdida por el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima.

Jurisprudencia y doctrina nacional. En la jurisprudencia nacional la pérdida de una oportunidad es una noción tratada implícita y vagamente, en gran medida producto de la confusión de la doctrina. Al citar autores franceses de la primera mitad del siglo XX, que rechazaban o ignoraban esta teoría, Arturo Alessandri sostuvo que la privación de una simple expectativa, de un alea, no es un daño indemnizable por no ser cierto. Pero esta opinión, en esa época (1943) estaba lejos de ser unánime (como el mismo autor reconoce) y se funda en supuestos equivocados. En primer lugar, para Arturo Alessandri en estos casos no habría una certeza de obtener la ventaja; pero evidentemente si tal certeza existiese correspondería no sólo reparar la pérdida de una oportunidad, sino la integridad del daño. En segundo lugar, los fallos citados por el autor para sostener su posición son las típicas hipótesis en que se rechaza la reparación de la pérdida de una oportunidad por existir una probabilidad demasiado baja de obtener la ganancia (como conjeturas sobre una posible vida profesional futura). Por último, el error principal es

sostener que en estos casos la víctima tiene derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, pues la reparación de la pérdida de una oportunidad es siempre parcial, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada. Con excepción de un lúcido comentario de Ramón Domínguez A., la doctrina nacional moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de una oportunidad al lucro cesante. Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la pérdida de una oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial (un porcentaje) y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia nacional, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación. (p.104-106)

Nuevamente Tapia (2019), muestra su posición y evolución, se pronuncia sobre esta temática cuando afirma que:

La pérdida de oportunidad es una noción relativamente fácil de definir, pero difícil de aplicar, particularmente en el ámbito de los negocios. El derecho chileno es una elocuente prueba de aquello, en particular, desde la contundente incorporación de esta figura, por vía jurisprudencial – pero con el apoyo de la doctrina –, al menos desde 2015, en decenas de decisiones de la Corte Suprema – que partieron en el ámbito médico, pero que se extendieron rápidamente a otras áreas, como la pérdida de oportunidades de negocio o de ganancia económica.

En el derecho civil, como sabemos, la regla general es que se condene a la indemnización únicamente cuando existe certeza de que la acción culpable del agente le causó un daño a la víctima. No obstante, hay casos en que se desconoce si la negligencia

causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo...

En general, se exige que la oportunidad perdida sea real y seria. En esencia, significa que se niega la reparación si existía una baja probabilidad objetiva de obtener el bien en juego.

Como se entiende, se trata así de un perjuicio distinto al patrimonial – daño emergente o lucro cesante – o moral, pues son las oportunidades o chances las que se erigen en un perjuicio autónomo. La pérdida de una chance puede reflejarse o proyectarse en bienes patrimoniales o extrapatrimoniales (se pierden oportunidades de obtener una licitación o chances de salvar la vida, por ejemplo), pero en sí misma es un perjuicio diverso al resultado final (el provecho económico de la licitación, que es un lucro cesante, o la vida, que constituye un daño moral). Por ello, se ha señalado que la pérdida de una chance es una “construcción del espíritu”, pero elaborada a partir de datos reales y cuantificables.

Porque sólo existe certeza – y relación de causalidad necesaria y directa – respecto de la pérdida de oportunidad generada – y no respecto del resultado final –, la indemnización se reduce a una estimación del valor de esa chance desaparecida. Usualmente, se expresa ese valor en un porcentaje o coeficiente de oportunidades pérdidas, el cual se multiplicará por el valor total del bien en juego.

En definitiva, este sistema de apreciación del daño, como enseñaba François Chabas, es más equitativo que lógico. (p.1168 – 1169)

Tratamiento Jurisprudencial. La pérdida de oportunidad de curación o supervivencia ingresó al ordenamiento jurídico de Chile a través de decisiones judiciales. El tratamiento que la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Tercera Constitucional le ha otorgado a dicho instituto, se remonta al año 2011 donde se dio el primer antecedente relevante, para luego, en el año 2015, reconocer a esta figura jurídica en calidad de perjuicio, para que, de forma posterior en el 2017, se indemnizara aquella, como un daño individualizable.

Esto motiva a realizar un análisis de las sentencias de casación que emanaron de las causas número N°2074 – 2009; N°29365 – 2014 y N°35721 – 2017. Resoluciones de obligado estudio por el impacto que tuvieron en la incorporación de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia en el ordenamiento chileno.

En primer lugar, en la causa N°2074 – 2009 de la Sala Tercera Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 20 de enero de 2011, se rechaza los recursos de casación de forma y fondo que se presentaron contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el día 11 de diciembre de 2008, bajo la causa N° 776-2008. Esto provocó que se confirmara la sentencia otorgada por el tribunal Ad – quem, quien había confirmado la sentencia de primera instancia.

En dicha causa se analizó un caso vinculado a una paciente femenina a quien se le diagnosticó inicialmente de forma errónea una patología maligna, para que luego la misma fuese diagnosticada de manera correcta, pero de forma tardía. La enfermedad resultó ser un melanoma maligno que se diseminó por el cuerpo de la paciente, lo cual provocó la muerte.

Los actores señalaron que lo anterior consistió en un actuar negligente de parte del servicio sanitario encargado. La parte demandada alegó que no existió falta de servicio Por su parte, el

tribunal de instancia determinó que el error de diagnóstico en que incurrió el profesional a cargo obedeció a una falta de diligencia de su parte, dicho de otra manera, a una impericia en el análisis que se efectuó al lunar, la que se agudizó por el hecho de no haber utilizado todos los medios a los que habría acudido un buen profesional. Asimismo, el tribunal logró el convencimiento que con ello no se cambió el desenlace, puesto que ya existía una diseminación previa del tumor primario, unido a la declaración de los testigos de la demandada quienes señalaron que para aquel momento no existían tratamientos muy efectivos para disminuir la mortalidad para un melanoma diseminado, lo que llevó a concluir que no se había acreditado que entre la muerte de la paciente y la realización de una biopsia en forma negligente existía un nexo causal que permitiera demandar indemnización por su fallecimiento, ni tampoco por el dolor que pudiera haberle producido a sus familiares cercanos, futuros abuelos, padre y tíos, la pérdida de un feto que sufrió la paciente dentro del período en que aún no se había detectado su enfermedad, toda vez que no se rindió probanza alguna útil en relación con esta circunstancia.

No obstante, el tribunal de instancia indicó que era un hecho que a raíz de ese error en el diagnóstico, la víctima no tuvo conocimiento, ni atención médica derivada de la enfermedad que padecía, sino hasta más de un año después, viéndose afectada por ende su proyección de vida, como también el derecho a saber acerca de la enfermedad que la aquejaba, daño que formal y explícitamente se planteaba en la demanda y que naturalmente sus consecuencias alcanzaban a los demandantes que provocaba un sufrimiento que correspondía ser considerado como daño moral. Por otra parte, se manifiesta igualmente que si bien del mérito de autos, no aparece que se haya rendido prueba útil, que acreditara que efectivamente de haberse diagnosticado a la paciente oportunamente la enfermedad que padecía, con toda seguridad, habría vivido más tiempo del que vivió, lo cierto es que el error culpable en el diagnóstico de que fue objeto la privó durante más de

un año de acceder a un tratamiento que pudo darle una mejor calidad de vida en su enfermedad lo que constituyó un hecho notorio y que emanaba del sentido común, puesto que ante cualquier dolencia que cause aún pequeñas molestias, no cabe duda que el paciente se sentirá mejor si aquella es tratada, lo que permite idealmente dimensionar el significado que pudo tener en esa enferma la omisión producida, habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance.

Por último, en la sentencia de primera instancia, la cual confirma el tribunal de apelación, se dictó que no cabía duda que esta pérdida de chance, que constituye el perjuicio sufrido directamente por la víctima también alcanzó a sus padres, marido y hermanos, puesto que si bien el dolor que sufrieron a causa de la muerte de un familiar cercano no les cabía ser indemnizado, ya que como se ha concluido el fallecimiento no fue ocasionado por la negligencia del diagnóstico, lo cierto es que ese actuar culposos los privó a ellos de presenciar, que la enferma, tuviera la atención médica que correspondía al caso, cuando sufría de una enfermedad no tratada, como también de la posibilidad de tenerla con ellos un tiempo más largo.

En segundo lugar, la causa N°29365 – 2014 de la Sala Tercera Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 3 de diciembre de 2015, acogió por primera vez a la pérdida de chance de supervivencia como perjuicio. La sentencia otorgada por este Alto Tribunal es una sentencia de reemplazo consecuencia de haberse casado de oficio la sentencia.

En este caso, los actores demandaron ser indemnizados por los perjuicios sufridos por su parte como consecuencia de la negligencia médica en la que incurrió el centro hospitalario demandado con ocasión del fallecimiento de su padre, suegro y abuelo, ocurrido a consecuencia de la falta de atención que lo afectó en la Unidad de Atención de Emergencias del centro asistencial

o, en subsidio, por privarle de la posibilidad de recuperarse y seguir viviendo. El infarto agudo al miocardio que sufrió la víctima pudo haberse evitado si hubiese sido estabilizado al llegar a la Unidad de Emergencia, según se afirmó. Igualmente adujeron que, aun de probarse que ante esa falta de atención el paciente igualmente habría fallecido, el demandado debe indemnizarlos pues su negligencia lo privó de la chance de recuperarse y de seguir viviendo.

La parte demandada por su parte solicitó el rechazo de la acción, para lo cual negó que su parte haya incurrido en falta de servicio, falta de personal ni relación de causalidad entre el obrar del personal sanitario y el resultado por el que se impetró indemnización.

Con base en prueba pericial practicada durante el proceso se determinó que concurrieron faltas a la *lex artis* por parte del personal paramédico (que no realizó el control de los signos vitales del paciente) y de la enfermera de turno saliente, quien no verificó la condición de urgencia del paciente ni su estado clínico previo a la entrega de turno. Asimismo, la atención médica otorgada transgredió también la *lex artis*, por cuanto los médicos omitieron injustificadamente el indicar y aplicar maniobras de reanimación cardiopulmonar en circunstancias que la víctima se encontraba en esos momentos en paro cardiorespiratorio y no fallecido, las que condicionaron que el paciente no fuera evaluado, diagnosticado ni sometido a esfuerzo terapéutico alguno, lo cual le privaron de cualquier chance de sobrevida.

En cuanto a la pretensión principal de la demanda, esta se desestimó, ya que no se demostró la existencia de un vínculo causal entre la falta de servicio y el fallecimiento de la víctima.

Sin embargo, el tribunal de mérito sí acogió lo que se ha llamado indemnización por pérdida de chance u oportunidad, la que hacen consistir en que “las faltas a la *lex artis* antes referidas de parte del personal de enfermería y médico del centro hospitalario privaron al paciente

de acceder a la oportunidad de salir del infarto y salvar la vida, es decir, de conseguir una ganancia o evitar una pérdida, lo que ocasionó el daño demandado, en el sentido de privar a su hijo, nuera y nieta de seguir contando con la presencia de su pariente.

Asimismo, en el fallo referido se cita doctrina que afirma que la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente, mientras que el perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino.

El monto de la indemnización impuesta fue regulado, primero porque se fijó como daño moral, no como pérdida de chance propiamente, y segundo, porque el demandado debió pagar una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, pues se estimó que no resultó posible avaluar la pérdida establecida en el mismo monto en que lo sería la muerte del paciente. Por lo tanto, se acogió la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio derivada de la pérdida de oportunidad de sobrevivir, deducida como petición subsidiaria de lo principal.

Por último, en la causa N°35721 – 2017 de la Sala Tercera Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Chile de fecha 29 de junio de 2018, después de acoger un recurso de casación por el fondo interpuesto por la parte damnificada, a través de lo cual revocó la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual había acogido la sentencia de primera instancia dictada por el Primer Juzgado de Letras de San Bernardo, en la que se rechazó la demanda interpuesta, la Corte Suprema de Chile procede a acoger de forma directa a la pérdida de chance como daño indemnizable.

En este caso, nuevamente se hace presente un error en el diagnóstico, donde una paciente no es debidamente diagnosticada, consecuencia de que quien otorgaba aquel resultado, si bien era parte del personal sanitario, carecía de autorización legal para tales tareas. El diagnóstico omitido correspondía a un cáncer de mama. Asimismo, el error se materializó de forma doble, ya que hubo dos oportunidades para derivar a la paciente a otro recinto donde pudiera acceder a la atención profesional adecuada, gestión que tampoco se verificó. Esto constituyó la causa directa del retraso en el correcto diagnóstico, que, a su vez, le impidió a la enferma acceder a un oportuno tratamiento y motivó que ella debiera someterse una serie de procedimientos y prestaciones médicas que, de haberse pesquisado la enfermedad con anterioridad, habrían sido distintos. A la víctima se le privó de la chance de evitar que su gravedad se siguiera extendiendo y de tratarlo de manera acertada, adecuada y – quizás – eficaz.

Lo anterior, deriva en un reconocimiento expreso de la pérdida de chance de curación como daño indemnizable, ya que el tribunal de instancia llegó al convencimiento de que, como consecuencia de un hecho imputable a la culpa de la demandada, a la actora se le privó de la oportunidad de acceder a un diagnóstico oportuno que le permitiera iniciar inmediatamente el tratamiento de su cáncer de mama y, posiblemente, sobrellevar dicha patología en condiciones y con resultados distintos, pérdida que correspondió ser indemnizada de manera prudencial, conjuntamente con el valor de las prestaciones y procedimientos médicos a que ella debió someterse con posterioridad y cuya necesidad habría sido reevaluada, si se hubiera contado oportunamente con la información correcta.

Presupuestos para Indemnizar

La pérdida de chance de curación o supervivencia para poder ser indemnizada, de forma previa debe ser reconocida en su condición de daño causal, cierto y actual. Sin embargo, por la

naturaleza del bien jurídico que se tutela, sea la vida o la salud de las personas, esto exige que el valor a indemnizar responda a los siguientes presupuestos:

- La probabilidad de realización de la oportunidad de curación o supervivencia que se tiene como pérdida debió ser potencial, nunca aleatoria.
- La oportunidad de curación o supervivencia que se tiene como pérdida debe derivar exclusivamente de la actividad médica desarrollada por personal sanitario.
- La oportunidad de curación o supervivencia que se tiene como pérdida debe ser indemnizada en primer lugar, mediante la determinación pericial de una cantidad debida, si la misma no es factible de estimar, pero la verificación de la pérdida de oportunidad se ha logrado, la justipreciación del monto por pagar deberá hacerse bajo criterios de equidad.

Bases para una Propuesta de Reforma Legal

El Código Civil de Costa Rica es un cuerpo normativo que consecuencia de su antigüedad se ha convertido en una ley anacrónica, lo cual provoca que este sea insuficiente para responder a las necesidades de regulación que la responsabilidad civil derivada de un daño exige en nuestro tiempo, especialmente en aquellos casos donde el daño surge de dinámicas sociales y económicas que responden al desarrollo de la ciencia y de la técnica del siglo XXI y no del siglo XIX.

Asimismo, si bien en atención a los cambios que el tiempo ha traído consigo tanto en la vida social o económica, como jurídica, las reformas que se han implementado en Costa Rica en temas de responsabilidad civil o el llamado derecho de daños, son reformas que provocan la existencia de una normativa civil que puede ser catalogada de desordenada o que no responde a una integralidad. Por lo tanto, plantear una reforma legal al Código Civil sobre la pérdida de chance de curación o supervivencia derivada de la actividad médica lo que haría es alimentar ese desorden referido. Además, la ausencia actual de una norma específica que refiera a la pérdida de

oportunidad y específicamente a la pérdida de chance de curación o supervivencia, no es impedimento para su reconocimiento e indemnización por parte de los tribunales.

No obstante, lo anterior no resta mérito para sentar las bases para que ante una eventual y futura reforma general del Código Civil, la figura de la pérdida de chance y específicamente, de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, puedan gozar de estatus legal en calidad de daño resarcible. Esto, con el fin de lograr prevención y reparación de los daños derivados de la actividad médica.

Algunos detractores de una reforma de este alcance podrían argumentar que limitaría el ejercicio del personal médico en detrimento de la salud de las personas, porque se establecería una nueva carga sobre la cual aquellos deben responder, pero realmente sería todo lo contrario, ya que tanto personal sanitario como las personas que son diagnosticadas o tratadas por estos, sabrían a qué atenerse, si al existir la oportunidad de un correcto diagnóstico o un correcto tratamiento, estos no fueran otorgados conforme exige la *lex artis* que rige la materia médico sanitaria.

El norte que servirá de guía para introducir una reforma legal de fondo (y adjetiva de ser necesario) será el bien jurídico que se tutela, entiéndase la vida o la salud de las personas, pero de igual manera, para responder a los principios de justicia y de seguridad jurídica.

Una reforma que incorpore a la pérdida de oportunidad y a la pérdida de oportunidad de curación y supervivencia como daños resarcibles, en su calidad de género y especie, respectivamente; debe responder a un régimen simple, integral y congruente, que justifique no sólo la introducción de dicho tipo de daño, sino la especialización de este en atención a la naturaleza de los bienes jurídicos que resguarda sea la vida y la salud.

Por lo tanto, los siguientes criterios para una eventual reforma como la que se cita, serían los siguientes:

1. La reforma debe atender dos enfoques, el preventivo y el reparador.
2. El daño producido como tal debe ser el centro de análisis para la atribución de la responsabilidad, mientras que la conducta generadora – en caso de que la haya – pierde interés para su verificación, pero no para su reprochabilidad.
3. La pérdida de oportunidad en su género como en su especie, debe ser un daño de naturaleza mixta, causal, cierto y actual para su reconocimiento e indemnización.
4. La indemnización debe otorgarse a través de prueba técnica cuando la oportunidad pérdida es cuantificable, pero si la oportunidad frustrada no es medible, la indemnización debe hacerse por medio de criterios de equidad.
5. El reconocimiento e indemnización de la pérdida de chance de curación y supervivencia, deberá exigir como requisito sine qua non la no satisfacción de la lex artis aplicable por parte del personal sanitario según el caso concreto.
6. La reforma al régimen de responsabilidad civil que incorpore como un tipo de daño a la pérdida de chance de curación y supervivencia, debería ser complementado vía reglamento con un régimen de garantías de salud, que permita entender las funciones y alcances del personal sanitario, y así saber, cuándo hubo o no por parte de dicho personal, acciones u omisiones que frustraran una oportunidad de curación o supervivencia.

La motivación para el planteamiento de los criterios expuestos se puede desglosar en distintas aristas.

En primer lugar, se propone un enfoque dual ante una eventual reforma, ya que el derecho de daños avanza en doble vía, sea desde la perspectiva preventiva como reparadora. En segunda instancia, el enfoque debe posicionarse sobre el daño generado y el hecho lesivo que lo causó, esto permitirá romper con las posiciones que se centran en la conducta, la cual no es que se omita, ya que su análisis es indispensable en el juicio de reprochabilidad que se realice sobre a quién se le atribuye la producción del daño, pero no será este factor el determinante en el reconocimiento de la existencia del daño; precisamente porque se tiene claro que la responsabilidad no siempre es subjetiva.

Asimismo, la pérdida de oportunidad debe ser un daño catalogado como un daño de naturaleza mixta, causal, cierto y actual para su reconocimiento e indemnización. Esto, porque puede materializarse a través de la afectación de intereses patrimoniales o no. Por otro lado, la exigencia de un nexo causal entre el hecho antijurídico y el daño no es negociable. La exigencia de una relación de causalidad asegura el vínculo, entiéndase que el daño es una consecuencia directa e inmediata del hecho pernicioso. Tolerar la incertidumbre causal da espacio a la inseguridad jurídica. Por otra parte, el requerimiento de satisfacción de los elementos de certidumbre y actualidad para que la pérdida de chance sea reconocida e indemnizada, responde al hecho de que aquella constituye una lesión no hipotética ni eventual, porque no se habla en este caso de una expectativa que se procura indemnizar, se habla de un daño que se ha concretado, en tiempo presente, por lo tanto, ha impedido la realización altamente probable de un resultado beneficioso o ha facilitado un resultado perjudicial.

La acción reparadora sobre una pérdida de oportunidad, especialmente cuando se habla de pérdida de chance de curación o supervivencia, debe hacerse a través de mecanismos de

corte técnico pericial que permitan la cuantificación de la indemnización o bajo criterios de equidad, cuando dicha cuantificación es difícil o imposible. Esto atiende a la función reparadora del derecho de daños en favor de la justicia, pero principalmente, de la seguridad jurídica.

Por último, el reconocimiento e indemnización de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia debe darse después de haberse constatado que se pusieron a disposición de los pacientes que padezcan el citado daño, todos aquellos medios mínimos esperados que el estado presente de la ciencia otorga para un debido diagnóstico y tratamiento de una patología. Es decir, la acción de diagnosticar y tratar debe respetar la *lex artis* imperante en la materia médico – sanitaria. No obstante, no se puede omitir, que esto solamente será posible, si se crea un régimen de garantías de salud, amplio, integral y congruente que determine derechos y deberes de los pacientes y del personal sanitario ante un escenario de enfermedad.

Conclusiones

El ejercicio investigativo desarrollado ha satisfecho los objetivos planteados, ya que se ha demostrado cómo la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia sí es un daño meritorio de indemnización. Esto, porque la pérdida de chance y su especie, la pérdida de chance de curación o supervivencia, más que constituir un instituto jurídico, es realmente un tipo de daño en todo el sentido de la palabra, lo cual exige que quien lo produzca deba indemnizarlo a quien lo padece.

La justificación al resarcimiento del daño emanado por la pérdida de chance de curación o supervivencia dentro del ordenamiento jurídico costarricense, como objetivo general, se ha determinado mediante la verificación de los objetivos específicos que se propusieron en este trabajo. Estos objetivos específicos se materializaron a través de la construcción de cuatro pilares fundamentales de la investigación. En primer lugar, la conceptualización de una teoría general de la responsabilidad civil. En segunda instancia, el desarrollo de la figura jurídica de la pérdida de chance u oportunidad a nivel general. En tercer lugar, el análisis sobre la responsabilidad médica y, por último, la explicación de la pérdida de chance de curación o supervivencia en su condición de especie. Estas cuatro bases permitieron la concretización de los objetivos específicos determinados.

La conceptualización de una teoría general de la responsabilidad civil trascendió el mero análisis de esta, porque se planteó una revisión seria e integral en cuanto a la forma en la cual se ha entendido a la responsabilidad civil, pero de igual manera, como ha evolucionado aquella concepción hasta nuestros días. El estudio llevado a cabo buscó conocer no solamente los lineamientos generales sobre dicha teoría a la luz del Código Civil vigente en Costa Rica, el cual tiene más de cien años de existencia, sino que promovió una actualización de esta desde una óptica didáctica, se entiende, con el fin de que quien la leyera, pudiera utilizarla como punto de referencia

para estudiarla y principalmente, entenderla. No bastó exponer sobre las fuentes o los regímenes que imperan para el reconocimiento y aplicación de dicha teoría, así como, los tipos de daños o las funciones que se derivan, sino, que se presentó un planteamiento en el cual quedó claro el avance que la responsabilidad civil ha sufrido desde una perspectiva de la atribuibilidad. Se ha producido una transición en cuanto al enfoque, ya que, si bien el elemento subjetivo no ha dejado de ser tomado en consideración al momento de analizar la atribución de la responsabilidad, el enfoque se ha dirigido hacia el daño como tal. La conducta del agente ha pasado a un segundo plano, mientras que el daño, su mera producción implica tal relevancia, que se sabe, que, en tesis de principio, la indemnización es lo que siempre corresponde para dar una respuesta a la generación de aquel.

El avance de la técnica y su incidencia en la vida humana ha desencadenado aquello. La conducta de una persona perdió fuerza ante la apabullante materialización de daños que trajo consigo una vida más compleja que está determinada por la ciencia, sus avances y su constante actualización. Esos daños no podían producirse y quienes los padecían, soportarlos bajo un aura de impunidad, sin que nadie ni nada respondiera por aquellos. De ahí la importancia para desarrollar como punto de partida una conceptualización en torno a la teoría general sobre la responsabilidad civil. No se podía dejar cabos sueltos y se debía justificar a la vez, el porqué del resto de temas que se investigaron.

Por lo tanto, el análisis desarrollado en relación con la teoría general sobre la responsabilidad civil se constituyó en el fundamento primario o nuclear de toda la investigación, entendida la misma como si fuese un conjunto de círculos concéntricos.

Lo anteriormente descrito, permite aseverar el por qué nace la doctrina de la pérdida de chance u oportunidad, que inició en primera instancia en Francia y poco tiempo después en Gran

Bretaña, en momentos en los cuales, dichas naciones dominaban la economía mundial durante el siglo XIX.

En este trabajo se procedió por analizar dicho instituto jurídico. En primer lugar, porque no se podía estudiar a la especie, sin pasar por el género al que pertenece la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia. En segunda instancia, porque la pérdida de chance debía conocerse para demostrar que este es un tipo de daño en todo el sentido de la palabra, y que, por lo tanto, es meritorio de ser resarcido. Lo cual se comprobó.

La pérdida de chance fue resumida como el malogro de una oportunidad, no de un resultado final como tal, ya que no es un lucro cesante. La pérdida de oportunidad de obtener un acrecentamiento de un beneficio o la disminución de un menoscabo. El mérito para que aquello fuese indemnizado se sintetizó en que consecuencia de un hecho antijurídico que causaba la pérdida de oportunidad, esta debía ser consecuencia inmediata y directa de aquel hecho, que provocara a la vez, que el daño fuese cierto y actual; por lo tanto, la oportunidad que se perdió consecuencia de una acción lesiva, implicaba que esta no estuviera arraigada a un campo hipotético o eventual, si no, que pudiera afirmarse que aquella constituía una posibilidad con una probabilidad relevante de concretización que producto del ilícito se terminó frustrando.

La existencia de un alea o especie de suerte de materialización de la oportunidad, cuando se afirma que aquella era una posibilidad con una probabilidad relevante de concretización que terminó frustrándose, ha dado espacio al debate entre detractores de la figura y quienes apoyan su reconocimiento en calidad de daño indemnizable. Esto ha generado que la aceptación de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en el mundo jurídico sea relativa. Algunos acogen esta figura sin cuestionamiento de por medio, otros la rechazan con firmeza cuando aseveran que se

indemniza meras expectativas. Discusión que opera de manera interesante tanto en sistemas continentales como en ordenamientos del common law.

Costa Rica no es la excepción de aquella situación que se describe. El estudio jurisprudencial que se practicó así lo demostró. La incorporación de este instituto en el ordenamiento jurídico costarricense fue hace menos de tres décadas, pero la acogida ha sido lenta, aunque constante de parte de los diversos operadores jurídicos de Costa Rica. Algunos podrían afirmar que esa tibia recepción responde a la polémica que hay detrás de este tipo de daño, pero más que eso, puede señalarse que hay un sector del mundo jurídico costarricense, que es reacio a cambios que signifiquen modificaciones al modelo existente. Resistencia que es normal ante lo desconocido o lo inusual para un esquema general de responsabilidad civil que tiene más de cien años y cuyas modernizaciones, se han debido a cambios socioeconómicos incuestionables como el desarrollo de los derechos del consumidor.

Asimismo, algo que no puede omitirse cuando se hace referencia a la pérdida de oportunidad y que forma parte del debate citado, es la manera en la cual se indemniza, ya que hay un sector, que ante la falta de constatación de un nexo causal, abre la puerta a la llamada causalidad probabilística, con el fin de que siempre opere un resarcimiento bajo el mero argumento de justicia, lo cual niega la condición de la pérdida de oportunidad como daño actual y cierto, y lo expone a un estado de eventualidad. Algo que no es aceptable, porque rompe con el principio de seguridad jurídica. De ahí que el factor probatorio al momento de pedir el reconocimiento y la reparación de una pérdida de oportunidad sea de vital importancia. No puede caerse en escenarios donde se distribuye el peso de la incertidumbre causal entre el agente causante del daño y la víctima de este.

En otro orden de ideas, no se podía hablar de pérdida de oportunidad de curación o supervivencia sin antes hacer un estudio de la responsabilidad médica derivada de la actividad

sanitaria. La misma que se desencadena de aquellas personas que laboran en el sector de la sanidad, pero especialmente de parte del personal médico, por ser este el que tiene mayor y mejor preparación para responder ante una patología que padezca una persona.

La responsabilidad médica nace de un hecho antijurídico que violenta la llamada *lex artis*, entiéndase aquel conjunto de normas y reglas que un profesional en medicina debe observar al momento de atender un paciente que busque un diagnóstico o un tratamiento debido a una enfermedad que padezca. Claro está, que dicha responsabilidad surge, por lo tanto, de un incorrecto diagnóstico o tratamiento que fue contrario a la *lex artis* predominante.

La actividad médica responde de forma general a una obligación de medios, donde el personal sanitario satisface o cumple con aquella, cuando hay una puesta en marcha de todos los medios a su alcance según la *lex artis* predominante para diagnosticar o tratar a una persona que presente una patología. Esto es importante, porque queda claro, que el personal médico no está obligado a cumplir con un resultado específico. Más aun, cuando, cada cuerpo humano es diferente en la manera en la cual se manifiesta al momento de ser examinado o responde a un tratamiento médico que se le aplique.

Lo anterior, abre un abanico de eventuales abordajes para atribuir algún tipo de responsabilidad; no obstante, queda claro, que el elemento probatorio será elemental para la determinación de aquello.

La investigación practicada ha permitido conocer de igual forma que la responsabilidad médica en Costa Rica es de carácter dual porque esta puede nacer de una fuente contractual o extracontractual, sea porque hubo de por medio un contrato de prestación de servicios médicos o un acto negligente, imprudente o regido por la impericia de parte del personal médico.

De esto, lo más importante, es que el estudio de la responsabilidad médica ha presentado un desarrollo acelerado en los últimos tiempos, no sólo porque ha existido un mayor avance de la ciencia y la técnica, sino porque el escrutinio social se fundamenta en la transición del enfoque ya referido, donde se ha superado la culpa, queda esta como aspecto secundario, y se ha trascendido al daño per se. La reparación de un daño ha dejado de ser opcional. Las víctimas de una mal praxis médica exigen ser devueltas en la medida de lo posible a un estadio anterior al daño padecido o ser compensadas de forma proporcional a aquel. Esto ha motivado una transición hacia un régimen de responsabilidad especializado, donde la concepción del daño derivado de la actividad médica reciba un abordaje no solamente compensatorio, sino también preventivo. Consecuencia de esto, ha sido el reconocimiento de derechos y deberes de los pacientes de servicios sanitarios a modo de garantías de salud. Es precisamente en este aspecto, donde sale en escena el llamado consentimiento informado, el cual procura que los pacientes o sus encargados conozcan los procedimientos y riesgos a los cuales se exponen cuando son sometidos a tratamientos médicos determinados, así como, trasladar parte de la responsabilidad de aquello que se le practique sobre su cuerpo.

Ante lo expuesto, es donde se entiende el porqué del desarrollo de la doctrina de la pérdida de chance hacia una derivación llamada pérdida de oportunidad de curación o supervivencia, en la cual, ante un hecho lesivo, la oportunidad que se pierde es la de sanar adecuadamente o en su defecto, gozar de una sobrevida ante una muerte inevitable consecuencia de un padecimiento sufrido. En uno u otro caso, el diagnóstico y el tratamiento médico llevado a cabo pueden hacer la diferencia, siempre y cuando la aplicación de la *lex artis* predominante por parte del personal sanitario se haga prevalecer. El impacto de un correcto o incorrecto diagnóstico o tratamiento en

la vida de una persona, es de tal magnitud, que tendrá repercusiones de toda naturaleza, en la vida de esta, como en sus familiares y otros seres queridos.

Por lo tanto, el factor probatorio será determinante en que una pretensión de este tipo pueda o no ser otorgada por parte de un tribunal. Esta afirmación es inevitable, aunque estemos inmersos en una investigación de un tema de fondo y no procesal. Lo anterior porque será la prueba técnica la que traiga a la luz si la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia es un daño actual y cierto que deriva de forma directa e inmediata de una actividad médica lesiva.

En Costa Rica la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia ha recibido un tratamiento doctrinal superficial, mientras que a nivel jurisprudencial sólo se ha logrado verificar al momento de la presentación de esta tesis, dos resoluciones que emanaron de la cámara de casación civil donde hubo una referencia directa sobre esta figura; sin embargo, en ninguno de los casos conocidos en casación, este tipo de daño fue reconocido.

No obstante, en este trabajo se ha hecho un estudio comparativo con Chile. La escogencia del país andino como punto de comparación y referencia, atiende al hecho de ser aquel un país con características socioeconómicas y culturales similares a Costa Rica, que lo ha convertido en un caso ideal para los objetivos de esta investigación.

El caso chileno nos demostró en primera instancia, que la reciente aceptación judicial de la figura de la pérdida de oportunidad de curación o supervivencia en Chile entre el año 2011 y el año 2018, se vio nutrida de un desarrollo previo y profundo a nivel doctrinal de parte de algunos tratadistas chilenos, quienes se dieron cuenta que era un daño indemnizable que a nivel de tribunales se rechazaba por desconocimiento en su contenido y aplicación, mientras que la base

doctrinal existente anterior a la aceptación de este tipo de daño, era la gran mayoría de origen extranjero.

A partir de tres casos referenciales dictados o validados por la Corte Suprema de Justicia de Chile, se echó a andar por decirlo de alguna manera, la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de la pérdida de chance de curación o supervivencia, posterior a dichos casos, la aceptación de dicha figura como daño indemnizable ha sido recurrente en varias decenas de sentencias.

Del caso de Chile puede concluirse que este es el ejemplo idóneo para darnos cuenta de que en Costa Rica se está a las puertas de tener un reconocimiento de la pérdida de chance de curación o supervivencia a nivel de su ordenamiento jurídico, ya que, a nivel doctrinal y jurisprudencial, se evidencia que el desarrollo de dicha figura bajo una óptica costarricense se está materializando poco a poco. Algo que satisface, por saber que se ha logrado aportar con esta investigación para optar por el grado de doctor en Derecho, un pequeño aporte a dicha construcción y el impacto positivo que traerá en la vida de quienes son víctimas de una mal praxis médica, como en los protocolos y cuidados que el personal sanitario tomará en cuenta para evitar incurrir en responsabilidad por este tipo de daño indemnizable.

Por último, el no proponer una reforma legal al Código Civil sobre la pérdida de chance de curación o supervivencia derivada de la actividad médica, responde al hecho de que la investigación realizada ha dejado en claro que todo el régimen costarricense de responsabilidad civil merece una reforma integral que amalgame incluso regímenes especiales como el correspondiente al de responsabilidad médica y para efectos más específicos, al de la responsabilidad civil derivada por pérdida de oportunidad de curación o supervivencia. Sin embargo, esto no ha impedido que se plantee las bases para una futura reforma legal donde la pérdida de chance de curación o supervivencia sea incorporada como daño resarcible. Bases que

buscan que haya un reconocimiento a la vida y la salud de las personas en calidad de bienes jurídicos superiores, con el fin de evitar o reparar tragedias humanas si aquellos pueden ser o son violentados por parte del personal médico sanitario.

La pérdida de oportunidad de curación o supervivencia debe ser reconocida por lo tanto como un daño causal, cierto y actual, que responde a un inadecuado diagnóstico o tratamiento suministrado a una persona por parte de alguien que ejerce funciones médico-sanitarias. Un daño que puede ser prevenido, pero que, en caso de ser indemnizado, puede recibir un justiprecio gracias a valoraciones periciales, pero si esto no se facilita por la naturaleza del daño, el factor equidad siempre será un recurso del tribunal para satisfacer aquello y así, la víctima pueda ser restituido o por lo menos compensado en su situación jurídica previa al menoscabo.

Asimismo, se confía en que el lector de esta investigación pueda entender los postulados hechos, para luego trasmitirlos, y ojalá desarrollarlos, con el fin de tener cada día un ordenamiento jurídico más amplio, más moderno y más justo; ya que en este trabajo se ha procurado romper paradigmas preconstituidos a la hora de fomentar el estudio y el debate sobre un tipo de daño cuya pretensión y reconocimiento se omite, porque para la mayoría de los operadores jurídicos costarricenses es una rara avis, sea por excepcionalidad o por desconocimiento.

Referencias

- Abel Lluch, X. (2009). *La prueba pericial*. Editorial BOSCH.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/52306?page=27>.
- Aedo Barrena, C., Amunátegui Perelló, C., Banfi Del Río, C., Céspedes Muñoz, C., Fuentes Guíñez, R., Isler Soto, E., Parra Sepúlveda, D., Mejías Alonzo, C., Mendoza Alonzo, P., Mondaca Miranda, A., Montory Barriga, G., Munita Marambio, R. y Otarola Espinoza, Y. (2023). *Responsabilidad Civil Extracontractual: Instrumentos de Derecho Comparado, Proyectos de Reforma y Derecho Chileno*. Editorial Tirant lo Blanch
<https://latam.tirantonline.com/latam/documentoLatam/lectura/33914589?tolgeo=latam&lectura=&lectura=&lectura=adicional>
- Álvarez Lata, N., Arias Máiz, V., Asúa González, C., Bustos Lago, J., Bustos Moreno, Y., Domínguez Martínez, P., Gómez Calle, E., Medina Alcoz, L., Mendoza Losana, A., Orti Vallejo, A., Parra Lucán, M., Peña López, F., Reglero Campos, L., Vicente Domingo, E. e Yzquierdo Tolsada, M. (Ed. 5). (2014). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- Arguedas, O. (Ed. 1). (2000). *Teoría General del Proceso*. Editorial Juritexto.
- Banfi del Río, C. (2016). Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata. *Revista Ius et Praxis*, Número 22 (1), 527 - 554
<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v22n1/art15.pdf>

- Barón Ibarboure, D. (2023). *El problema de la pérdida de la chance en el derecho francés*. (Tesis de Magister Inédita). Repositorio Institucional - Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/195858/El-problema-de-la-perdida-de-la-chance-en-el-derecho-frances.pdf?sequence=6>
- Barría, R. (2019). La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010. *Revista de Derecho Concepción, Volumen* (245), 235 – 269. <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v87n245/0718-591X-revderudec-87-245-00235.pdf>
- Batalla, R. (2010). *La Teoría de la Pérdida del Chance o de Oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica*. [Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho]. Universidad de Costa Rica. <https://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr/server/api/core/bitstreams/371ccffc-cbf6-4a4a-94c3-d5e2631efe42/content>
- Bonasi Benucci, E. (Ed. 1). (2019). *La responsabilidad civil*. Ediciones Olejnik. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/239587?page=15>.
- Cárdenas, H. (2023). La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso. *Revista de Derecho* (Valdivia), 36 (1), 69 - 90. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502023000100069&script=sci_abstract
- Cicerón, Marco Tulio. (1953). *Las Leyes*. (Trad. Carmen Teresa Pabón). Editor digital: Titivillus. <https://www.derechopenalened.com/libros/las-leyes-marco-tulio-ciceron.pdf>
- Constitución Política de la República de Costa Rica. 08 de noviembre de 1949.
- Constitución Política de la República de Costa Rica. 07 de diciembre de 1871.

Córdoba, J. E. y Sánchez Torres, J. C. (2014). *El derecho de daños en el nuevo milenio*. Alveroni Ediciones. Argentina. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/78859?page=48>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 14 – 1993 de 16 horas del 2 de marzo de 1993.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 00591 – 2000 de las 10 horas 32 minutos del 18 de agosto del 2000.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 766 – F – 2001 de las 16 horas 10 minutos del 26 de setiembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Tercera. Voto N° 00184 – 2018 de las 9 horas 57 minutos del 6 de abril del 2018.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto No. 590-F-2005 de las 14 horas 30 minutos del 17 de agosto del 2005.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 337-F-2008 de las 16:25 horas del 8 de mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto No. 200 – F – S1 – 2012 de las 9 horas 40 minutos del 16 de febrero del 2012.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto No. 308 – F – 2006 de las 10 horas 30 minutos del 25 de mayo del 2006.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 194 – F- S1 – 2012 de las 9 horas 05 minutos del 16 de febrero de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto No. 2190-F-S1-2020 de las 11 horas 27 minutos del 13 de agosto de 2020.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N°7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sala Tercera Constitucional. Causa N° 2074-2009 (casación) del 20 de enero de 2011.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 00378 – 2019 de las 9 horas 25 minutos del 9 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 001454 – 2022 de las 10 horas 07 minutos del 29 de junio del 2022.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 000559 – 2024 de las 09 horas 55 minutos del 30 de mayo de 2024.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 371 – 2009 de las 11 horas del 16 de abril de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Primera. Voto N° 477 – 2019 de las 12 horas del 30 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sala Tercera Constitucional. Causa N° 29365 – 2014 (casación) del 3 de diciembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sala Tercera Constitucional. Causa N° 35721 - 2017 (casación) del 29 de junio de 2018.

Cupis, A. D. (Ed. 1). (2020). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Ediciones Olejnik. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/247126?page=364>.

Cupis, A. D. (Ed. 1). (2020). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Ediciones Olejnik. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/247126?page=99>.

Decreto N°39609. 2016. Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica. 22 de febrero de 2016.

Giraldo, L. (2021). El daño por pérdida de la oportunidad: la carga dinámica de la prueba y el uso de la equidad por parte de la jurisprudencia colombiana. *Revista de Derecho Privado*. Número 41, 223-256. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.08>

Hernández Sampieri, R. (Ed. 6). (2014). *Metodología de la investigación*. McGRAW-HILL / Interamericana editores, S.A. DE C.V

Hernández Valle, Rubén. (Ed. 1). (1993). *El derecho de la constitución*. Editorial Juricentro.

Herrera Flores, M. (2008). Cálculo de indemnizaciones por daño corporal y moral y su relación con los dictámenes médico legales. *Medicina Legal de Costa Rica*, Volumen 25 (2), 54. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152008000200005

Hidalgo, P. (18 de abril de 2017). *Actividad: Asociación de Fiscales: "responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica"*, 18 y 19 de abril de 2017. Informe. <https://www.fiscal.es/documents/20142/100242/Ponencia+Hidalgo+Fern%C3%A1ndez%2C+Pedro.pdf/59aeddee-ce29-c71e-23f9->

[01d4cbc6578b?t=1531140274879#:~:text=La%20LEX%20ARTIS%20se%20define,la%20%C3%A9tica%20y%20a%20la%20deontolog%C3%ADa.](https://www.lexisnexis.com/argentina/doc/01d4cbc6578b?t=1531140274879#:~:text=La%20LEX%20ARTIS%20se%20define,la%20%C3%A9tica%20y%20a%20la%20deontolog%C3%ADa.)

Lamonedá Prieto, J. (2021). *Manual de Derecho Civil. Volumen VII. Derecho de daños*. Editorial Wolters Kluwer España. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/196430?page=133>.

Ley N°30. 1885. Código Civil. 19 de abril de 1885.

Ley N°6227. 1978. Ley General de la Administración Pública. 2 de mayo de 1978.

Ley N°7472. 1994. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. 20 de diciembre de 1994.

Ley N°9342. 2016. Código Procesal Civil. 3 de febrero de 2016.

Ley N°10231. 2022. Ley de Voluntades Anticipadas. 5 de mayo de 2022.

Ley N°5395. 1973. Ley General de Salud. 30 de octubre de 1973.

Ley N° 9379. 2016. Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. 18 de agosto de 2016

Ley N° 8239. 2002. Ley sobre los Derechos y Deberes de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud Públicos y Privados. 2 de abril de 2002.

Ley N° 26994. 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. 1 octubre de 2014. Argentina.

<https://web.archive.org/web/20190521114533/http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegIntern/verNorma.do;jsessionid=84F743823C01577AA41B0E12424FC24F?id=235975>

Ley N°19966. 2004. Ley Régimen de Garantías en Salud. 25 de agosto de 2004. Chile.

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>

http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130233mertehikianbreves_annotaciones_acerca_inde_mnizacion.htm?bsrc=ci#

Montero Piña, F. (Ed. 1). (1999). *Obligaciones*. Premiá Editores.

Orozco, V. (2019) Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica* (126), 30 – 52. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39470.pdf>

Osterling Parodi, F. y Rebaza González, A. (2006). La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332 del Código Civil. *Estudios de Derecho Patrimonial. Número* (1), 1-13.

[chrome-](#)

[extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltclfindmkaj/https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo_cbib/con4_uibd.nsf/7B2CF758C222C23E05257E8400786A1E/\\$FILE/La_equidad_y_su_funcion_cuantificadora.pdf](extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltclfindmkaj/https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo_cbib/con4_uibd.nsf/7B2CF758C222C23E05257E8400786A1E/$FILE/La_equidad_y_su_funcion_cuantificadora.pdf)

Parajeles, G. (Ed. 1). (2000). *Introducción a la Teoría General del Proceso Civil*. Investigaciones Jurídicas S.A.

Pérez - Caballero Abad, P. (Ed. 1). (2020). *La responsabilidad por hecho ajeno en la ley de ordenación de la edificación*. Tirant lo Blanch.
<https://latam.tirantonline.com/latam/bibliotecaVirtualLatam/ebookInfo?isbn=9788413363271&tolgeoDoc=latamDoc>

Pérez, V. (Ed. 1). (1994). *Derecho Privado*. Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Pérez, V. (Ed. 6). (2021). *Derecho Privado*. Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Pinto Palacios, F. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. Editorial Wolters Kluwer.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/136363?page=85>.

Puentes, D. (2015). La pérdida de oportunidad en materia médica. *Revista de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*, Volumen (00), 1- 18.
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi00/doc/art3.pdf>

Ríos, A. y Fuente, A. (2017) *El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37807.pdf>

Reglamento N° 32612. 2005. Reglamento de la Ley de Derechos y Deberes de las Personas Usuarías de los Servicios de Salud Públicos y Privados. 14 de julio de 2005.

Rogel Vide, C. (2019). *Responsabilidad civil: estudios*. Editorial Reus. Madrid.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/121455?page=104>.

Rozo, P. (1999). Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*. Número 4 (dic.1999), 139 - 150. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/669/632>

Serrano De Nicolás, Á. (Ed. 1). (2017). *Teoría general del contrato*. Ediciones Olejnik.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/234305?page=29>.

Schopf, A. (2023). Las obligaciones de medios, de resultado y de garantía en la configuración de la responsabilidad contractual en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Volumen (42), 56 – 83.
<https://revistas.ucsc.cl/index.php/revistaderecho/article/view/2194/1497>

Sonoda, J. (1999). Pérdida de chances de curación y sobrevida. *Revista Lecciones y Ensayos* Volumen (1998/99 72/73/74), 349 – 365.

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0072-0073-0074.pdf

- Tapia, M. (2003). Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales. *Revista de derecho (Valdivia)*, Número (15), p. 75-111. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200004>
- Tapia, M. (2019). Pérdida de una oportunidad de negocio como daño indemnizable en el derecho chileno. En Gómez, Hernández, Lathrop y Tapia (Editores). *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Coquimbo, Chile, 2018. Chile.
- Tapia Rodríguez, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*. Número (2), 251 – 264 <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/127054>
- Tàsies Beleta, R. (Ed. 1). (2019). *El incumplimiento contractual en sede concursal*. <https://elibro.net/en/ereader/uescuelalibre/111640?page=57>.
- Torrealba Navas, F. (Ed. 1). (2011). *Responsabilidad Civil*. Editorial Juricentro.
- Tribunal Arbitral Ad – Hoc Disexport Internacional S.A. y Autochic S.A. contra SGS Société Générale de Surveillance S.A. Laudo arbitral de las 15 horas del 1 de abril de 2001.
- Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI. Voto N° 993 – 2010 de las 07:45 horas del 16 de marzo de 2010.
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección I. Voto N° 00039 – 2014 de las 13:35 horas del 09 de junio de 2014.
- Velásquez Posada, O. (Ed. 1). (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de La Sabana. <https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/102013?page=74>

- Vicandi Martínez, A. (2015). La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable. *Revista Derecho y Salud*, Volumen 25 (2), 9-66.
https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol25n2_01_Estudio.pdf
- Vicente Domingo, E. (2017). *El lucro cesante*. Editorial Reus. España.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/46592?page=8>.
- Vidal, A. (2020). *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Editorial: Academia Judicial de Chile. https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/03_Responsabilidad-civil-medica_Pub5-1.pdf
- Wagner, J. y Meyer, M (2021). Genomic medicine and the “loss of chance” medical malpractice doctrine. *Human Genetics and Genomics Advances*. Número (2) , p. 1 – 9.
[https://www.cell.com/hgg-advances/fulltext/S2666-2477\(21\)00013-0?returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS2666247721000130%3Fshowall%3Dtrue](https://www.cell.com/hgg-advances/fulltext/S2666-2477(21)00013-0?returnURL=https%3A%2F%2Flinkinghub.elsevier.com%2Fretrieve%2Fpii%2FS2666247721000130%3Fshowall%3Dtrue)
- Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D. F. y Comandé, G. (Ed.1). (2018). *Estudios contemporáneos de derecho privado: responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*. Editorial: Universidad Católica de Colombia.
<https://elibro.net/es/ereader/uescuelalibre/197063?page=93>.