

El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Damages in wrongful conception actions and their compensation in the Ecuadorian legal system

LUIS FELIPE CAMPANA MONGE*
OSWALDO RUIZ MERA**
JUAN FRANCISCO MARÍN BERMEO***

Recibido / Received: 25/06/2023
Aceptado / Accepted: 08/08/2023
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3025>

Citación:

Ruiz Mera, O. L.F. Campana Monge, J.F. Marín Bermeo. “El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3025>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: lfcampana@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-3229-5004>

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: osruizmera@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1404-0911>

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jmarinbermeo@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-3412-1096>

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe un marco normativo aplicable a los supuestos de reclamación por daños relacionados con la vida. Entre estos tipos de daños, aquellos que derivan de casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception* requieren un análisis particularmente exhaustivo, a riesgo de considerar la existencia misma de una persona como un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Así, ante el perjuicio que implica, no la vida misma de un niño o niña no deseado, sino las lesiones a derechos reproductivos y al patrimonio de los progenitores a causa de considerables gastos adicionales en los que se ven obligados a incurrir, se evidencia la necesidad de dar una solución uniforme para este tipo de casos de mala praxis médica, así como la propuesta de un estándar razonable para la reparación de estos daños.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil; daños; *wrongful conception*; anticoncepción fallida; negligencia médica; responsabilidad médica; indemnización; cuantificación

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, there is no normative framework applicable to claims for life-related damages. Among these types of damages, those arising from cases of wrongful conception require a particularly thorough analysis, at the risk of considering a person's very existence as economic and non-economic damages. Thus, considering the harm it may cause —not the life of an unwanted child, but the harm to the reproductive rights and patrimony of the parents as a result of these additional costs— the need to provide a uniform solution for this type of medical malpractice cases is evident, as well as the proposal of a reasonable standard for the reparation of these damages.

KEYWORDS

Civil liability; torts; wrongful conception; failed contraception; medical malpractice; medical liability; damages; compensation.

1. INTRODUCCIÓN

El daño como presupuesto de responsabilidad civil obedece a múltiples criterios para ser indemnizable. La reparabilidad del daño, entendida como cuan susceptible es el daño de ser indemnizado, puede verse afectada por diversos motivos relacionados con el llamado “problema de la distribución de los infortunios”.¹ En principio, es el titular de un bien jurídico protegido quien ha de soportar los daños que resultan de su titularidad. Esta es la regla general en materia de asunción de daños, que deriva del principio *casum sentit dominus*.² En este sentido, trasladar el daño a alguien distinto a quien lo sufrió constituye una excepción a la distribución de los infortunios. De modo que, a menos que existan fundamentos fácticos y jurídicos que permitan atribuirlo a persona distinta de la que lo sufrió, no es resarcible.

Sea por su determinación, certeza o cuan directo o lesivo sea este detrimento, la reparabilidad del daño es una noción que requiere ser abarcada *ad hoc*, caso por caso. ¿Qué sucede entonces en los casos en los que la existencia del daño en sí mismo es debatible? ¿Qué tratamiento debe dar el ordenamiento jurídico a los supuestos en los que no existe una clara demarcación sobre la forma de resarcirlo? Si bien esta es una problemática que atañe a varios tipos de daños, esta discusión se torna más álgida cuando entraña a la vida misma como un potencial daño susceptible de reparación.

La acción de *wrongful conception* es un supuesto de reclamación por responsabilidad civil relacionado con el derecho a la vida que se ha tornado particularmente relevante en la actualidad. En estos casos, el daño surge tras un procedimiento anticonceptivo fallido que lleva a un embarazo no deseado, y mucho menos previsto, por los progenitores. Aunque el niño o niña nazca sano, el daño sobre quien se articula la demanda es precisamente el hecho de esta concepción y de haber llevado a término un embarazo a causa de la anti-concepción fallida.³ De esta forma, los agraviados por esta mala práctica son los progenitores, quienes acudieron a un profesional médico para someterse a un procedimiento que impida la concepción y se vieron perjudicados por los resultados infructuosos del mismo.

Respecto al enfoque de la pretensión en este tipo de acciones, los demandantes se ven confrontados con el rechazo que puede recibir el planteamiento de una demanda cuyo daño parecería centrarse en el nacimiento o la vida misma

1 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual* (Pamplona: Civitas y Thompson Reuters, 2011), 21.

2 Díez-Picazo expone que a efectos de trasladar el daño a una persona distinta de la que directamente lo sufrió, esta otra debe haber actuado de forma que, sin mediar su actuación, el daño no se hubiera producido. Caso contrario, prima el principio *casum sentit dominus* y el titular del bien jurídico lesionado ha de soportar los daños que resulten de ostentarlo. Ver *ibid.*, 22.

3 Andrea Macía, “La responsabilidad civil médica: Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Revista de Derecho*, n.º 27 (julio 2007): 9, <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102702.pdf>.

de su hijo o hija, y la contrariedad de esto con los principios fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico. Por ello, se adopta la doctrina alemana de la separación *trennungslehre* y se enfoca el presupuesto de reclamación del daño, no en el hecho de la vida del hijo, sino en bienes e intereses jurídicamente protegidos como la lesión de la libertad de procreación o los propios gastos que acarrea el niño.⁴

Sin perjuicio de lo anterior, como se verá más adelante, la mayor complejidad en estos supuestos recaerá en demostrar que el profesional médico —encargado del procedimiento anticonceptivo— es el llamado a responder por el daño resultado de su falla y, aún más, de determinar un método idóneo para cuantificar los detrimentos patrimoniales o extrapatrimoniales que su acción u omisión provoque.

De esta manera, el presente trabajo busca determinar los presupuestos que deben verificarse para dar lugar a la responsabilidad civil en los casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception*, su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las posibles formas de cuantificación de la indemnización producto de este daño. Cabe señalar que, si bien existen varios supuestos de anticoncepción fallida que pueden verse comprendidos en esta acción, para efectos del presente análisis, los casos *sub examine* se reducirán específicamente a aquellos de esterilización fallida. Esta implica que, a pesar de haberse practicado un procedimiento de ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía, se produce la concepción y el nacimiento de la persona.⁵

En este respecto, se han planteado dos supuestos que pueden generar responsabilidad médica. Por un lado, la práctica negligente de la esterilización y, por otro, la omisión de la información sobre los riesgos del fracaso de la intervención, por ejemplo, no informar al paciente sobre las posibilidades de recanalización espontánea o sobre las medidas necesarias luego de la intervención.⁶

Así, para efectos del presente trabajo, se parte del (i) análisis del tipo de responsabilidad surgida en este supuesto de mala praxis médica; para luego adentrarse en (ii) los daños provenientes de la esterilización fallida; (iii) la mala praxis médica como hecho ilícito; (iv) el nexo causal entre la culpa galénica y el daño como consecuencia de la anticoncepción fallida; todo desde una óptica de aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para finalmente concluir sobre (v) la indemnización y cuantificación del daño en la acción de *wrongful conception* en nuestro sistema jurídico.

4 Ibid., 10.

5 Mónica Fernández, “La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia”. *Revista IUSTA*, n.º 54 (2021): 6-7, <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>.

6 Ibid.

2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA ACCIÓN POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano están reconocidos dos regímenes de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En este sentido, analizar a qué régimen debe atenerse un profesional de la salud es esencial, puesto que de esto dependerá que se configuren o no los presupuestos necesarios para que proceda la indemnización del daño.

Por un lado, en el caso *Aguirre Troya c. Blum Pinto*, la Corte Nacional de Justicia concluyó que, para determinar si un médico incurre en responsabilidad contractual en perjuicio de su paciente, existen cuatro requisitos indispensables: (i) que exista un contrato válido entre las partes, (ii) que dicho contrato genere una obligación, (iii) que la parte que está obligada incumpla culposa o dolosamente la obligación, al mismo tiempo que la parte que reclama no esté en mora de sus propias obligaciones y (iv) que como consecuencia del incumplimiento se hubiere producido un daño real.⁷

Por otro lado, para verificarse un supuesto de responsabilidad extracontractual, el daño debe carecer de este vínculo contractual previo médico-paciente. En la sentencia aludida se menciona que, si la omisión del médico hubiese sido causa directa del fallecimiento del *nasciturus*, la acción por responsabilidad extracontractual procedía por la legitimación de los padres para reclamar daños por esta relación de parentesco. No obstante, como no se verificó en este caso la causalidad descrita, la responsabilidad civil derivó finalmente del incumplimiento contractual al deber de información del médico respecto a una enfermedad que podía causar daños al no nacido. Así, de lo referido se desprende que la configuración de responsabilidad civil extracontractual depende principalmente del sujeto pasivo del daño y su carencia de nexo contractual con el agente dañoso, como se comprueba en el primer requisito de la responsabilidad contractual señalado *ut supra*.

Por consiguiente, en las acciones de *wrongful conception*, el sujeto pasivo del daño es el progenitor. Este afronta las consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales del embarazo y nacimiento no deseados. Este menoscabo es ocasionado por fallas en un procedimiento anticonceptivo practicado por el médico tratante bajo una relación contractual médico-paciente. Por lo tanto, se puede evidenciar que la fuente de este vínculo es netamente contractual.

Ahora bien, ¿qué sucede si el progenitor que reclama una indemnización por este daño no es quien se sometió al procedimiento? A modo de ejemplo, si el

⁷ Causa n.º 17711-2014-0158, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 7 de agosto de 2015, pág. 35.

único progenitor que asume los menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales derivados de la concepción que se quiso evitar es la madre, pero fue el padre del niño o la niña quien se realizó una vasectomía, ¿existe un vínculo obligacional entre la madre y el médico que practicó dicha operación que pueda dar lugar a responsabilidad contractual? Como se puede constatar, el régimen de responsabilidad civil aplicable a la acción por anticoncepción fallida no es uniforme.

En cada caso se deberá analizar si el afectado (i) mantuvo una relación médico-paciente con el profesional encargado de la operación anticonceptiva, (ii) si fue incumplida una obligación originada de este contrato de prestación de servicios médicos y (iii) si a causa de este incumplimiento se ha producido el daño. Caso contrario, corresponde determinar si, a pesar de no mediar un contrato entre las partes, (i) el daño fue ocasionado (ii) por una acción u omisión del médico que vulnere el deber general de responsabilidad para con terceros y (iii) que este hecho haya sido causa directa del daño. De verificarse estos presupuestos, podría configurarse responsabilidad civil extracontractual y el daño sería indemnizable.

Sobre esto se pronunció el Tribunal Superior de Medellín en una sentencia inédita respecto a los daños relacionados con la vida. En su resolución, el tribunal sostuvo que en los casos de *wrongful conception*, trátase de responsabilidad contractual o extracontractual, el daño a reparar es la vulneración del derecho a la decisión de procrear (o no) junto con las consecuencias que genere esa lesión en el proyecto vital del titular de esa garantía. Bajo este fundamento, se aclaró que estos derechos de los procreadores son autónomos y, por tanto, no se contraponen a los derechos propios del nuevo ser, que siguen siendo protegidos por el ordenamiento jurídico.⁸

En cuanto al hecho ilícito, este dependerá de las obligaciones asumidas por el profesional sanitario. Por más que aquellas que atañen a la práctica médica sean de medios, se verifica el incumplimiento si un error imputable al galeno ocasiona que se produzca la concepción no deseada. Ya sea a título de negligencia o dolo conforme a la gradación de la culpa galénica, puede verificarse este supuesto de responsabilidad contractual en las fases durante, previa o postoperatoria. De este modo, el hecho generador puede derivar no solo de la mala práctica de la intervención quirúrgica, sino de una actuación negligente al momento del diagnóstico, de indicar los procedimientos a seguir para su eficacia o por faltar al deber de información dictado por la *lex artis* médica.⁹ En este aspecto cabe señalar que, sin perjuicio de la determinación

⁸ Alcides de Jesús Gallego Toro c. E.P.S. Saludcoop, Tribunal Superior de Medellín, 13 de diciembre de 2022, pág. 16.

⁹ *Ibid.*, 14.

de la relación contractual con su paciente, de verificarse el daño por la falta de diligencia en la praxis médica, se configuraría igualmente el hecho antijurídico como presupuesto de responsabilidad extracontractual.

Finalmente, en lo relativo a la relación de causalidad entre el daño y el hecho antijurídico, lo único que varía en uno u otro régimen de responsabilidad es el referido hecho. En la responsabilidad contractual, el nexo causal se constituiría de la relación entre el incumplimiento del profesional médico que dio lugar a la anticoncepción fallida y los daños derivados de la misma al engendrar un hijo o una hija no planificado. En la responsabilidad aquiliana se requeriría demostrar la relación directa entre la negligencia médica y el detrimento patrimonial o extrapatrimonial producto de la misma.

En este respecto se debe delimitar el alcance de los menoscabos ocasionados por el acto médico y aquellos que no están directamente relacionados con este. A modo de ejemplo, es muy probable que el menor requiera cuidados específicos por condiciones médicas congénitas, como tratamientos oftalmológicos, dermatológicos o dentales. Para el efecto, el alcance de la reparación en los casos de *wrongful conception* no pueden abarcar consideraciones específicas a la crianza o salud de cada individuo que escapen a las consecuencias directas de la negligencia médica.

3. DAÑOS PROVENIENTES DE LA ESTERILIZACIÓN FALLIDA

El primer elemento por analizar, antes de declarar la responsabilidad civil contractual o extracontractual, es la existencia de un daño. El daño desde el punto de vista jurídico puede ser definido como el detrimento o menoscabo ocasionado a los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de una persona.¹⁰ Precisamente, el artículo 2214 del Código Civil (en adelante CC) reconoce el principio que prescribe que quien ha inferido un daño a otro está obligado a repararlo.¹¹ Al respecto se establece que, para que dicho daño pueda ser reparado, es necesario que el ordenamiento jurídico prevea una consecuencia jurídica ante ese hecho dañoso.

En la doctrina, para que un daño pueda ser indemnizado, este debe ser cierto, subsistente y afectar a un interés legítimo y lícito de la víctima. Acerca del daño cierto, Alejandro Ponce Martínez menciona que “la certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado adecuadamente. Los que

10 Javier Jaramillo, *De la responsabilidad civil* (Bogotá: Temis, 1990), 5.

11 Artículo 2214, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

son hipotéticos o eventuales no son resarcibles”.¹² Por lo tanto, para verificar la certeza de un daño, es necesario demostrar la existencia real y efectiva del acto u omisión, pues resulta ineficiente una mera posibilidad para determinar una eventual responsabilidad civil. Por lo mismo, existe una serie de requisitos indispensables, además de los ya expuestos, para que se declare la obligación de resarcir un daño como aquel que es objeto del presente análisis.

3.1. REQUISITOS PARA LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO

El jurista Corral Talciani enuncia cinco elementos que deben estar presentes para que un daño sea resarcible: la certeza del daño, la relación directa con el hecho ilícito, previsibilidad, que dicho daño subsista y, por último, magnitud suficiente.¹³ La certeza del daño, como fue descrita anteriormente, debe denotar cuán real y efectiva es la consecuencia del hecho dañoso, sin importar si es presente o futuro. Para lo cual hay que analizarlo bajo la óptica del común recurrir de los acontecimientos. Por lo que, en un caso de *wrongful conception*, el daño es cierto siempre y cuando los daños sufridos por el paciente efectivamente se traduzcan en un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial y no en una afectación hipotética.¹⁴

Por su parte, la relación directa del daño con el hecho ilícito implica que el perjuicio o menoscabo se origine en el hecho antijurídico identificado. Lo que conlleva a que los daños secundarios o indirectos no sean indemnizables.¹⁵ Esta relación podría verificarse únicamente en el supuesto que el médico sea el responsable directo por *wrongful conception*, ya sea por actuación negligente o por dolo.

La previsibilidad es esencial para que exista un factor de conexión en la causalidad daño-hecho antijurídico. El daño se produce en el marco de un desenvolvimiento anormal y extraordinario de las circunstancias. Por lo que, si fue imposible de prever por el agente y además era imprevisible para cualquier hombre razonable, no puede considerarse un efecto directo de la acción dañosa¹⁶. En este supuesto, cuando un paciente decide celebrar un negocio jurídico como el *sub examine*, lo hace con la finalidad de evitar la concepción de un hijo. Por lo que, en principio, el paciente tiene una expectativa razonable de no tener que afrontar un embarazo, mucho menos tener un hijo.

Por otro lado, la subsistencia del daño asegura que no haya un enriquecimiento injustificado al prohibir que la persona afectada reciba una doble

12 Alejandro Ponce, “Responsabilidad civil extracontractual,” *Revista Jurídica de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* 1, n.º 5 (enero 2015): 83.

13 Hernán Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013), 8-9.

14 Sentencia n.º 188/2013, Audiencia Provincial de Gerona, 6 de mayo de 2013, párrs. 11-3.

15 José Díez, *El daño extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 71.

16 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 7-8.

compensación.¹⁷ Respecto a este presupuesto, no podría surgir un deber indemnizatorio si es que ya existió una reparación previa a la acción de *wrongful conception*. En este sentido, existiría igualmente un enriquecimiento sin causa si, habiéndose otorgado una indemnización que abarque gastos de educación primaria, secundaria y universitaria, el hijo de los indemnizados únicamente culmina su educación secundaria. En este último caso, existiría una reparación inexacta respecto a daños insubsistentes, al haberse indemnizado más de los efectivamente verificados, o incluso de daños inciertos. En uno u otro supuesto esto podría conllevar a un enriquecimiento injustificado por un error en el alcance y cuantificación de la reparación. Por lo cual, es crucial determinar un estándar razonable para estos efectos, como se analizará en la sección final.

En cuanto a la última de las condiciones requeridas, según la doctrina, para que el daño sea jurídicamente relevante y pueda ser fundamento de una indemnización a título de responsabilidad civil, la magnitud suficiente es un requisito fundamental. Esta última, con base en un estándar delimitado por el “principio de tolerancia del daño ínfimo”, implica que todo daño que se pretenda indemnizar sea significativo. Es decir, que el supuesto menoscabo no sea más gravoso que los recursos requeridos para obtener su reparación.¹⁸ La vulneración del derecho a la decisión de procrear (o no) y sus consecuencias son susceptibles de causar una afectación de magnitud suficiente en la medida que lesionen el proyecto vital del titular. De esta forma, basta que se produzca una concepción no deseada tras la operación de anticoncepción fallida para que la víctima pueda plantear esta acción.

Cabe hacer una puntualización respecto al alcance de la indemnización por daños extrapatrimoniales en sede de responsabilidad contractual. Que estos puedan abarcarse igualmente en la discusión sobre la reparabilidad de los daños relacionados con la vida se debe a un nuevo criterio acuñado por la doctrina moderna.

El artículo 1572 del CC establece que “[l]a indemnización de perjuicios comprende al daño emergente y al lucro cesante” y parece excluir al “daño moral” de este resarcimiento. Aunque a primera vista esta norma parece exceptuar al daño extrapatrimonial de la indemnización por daños en materia contractual, su reparabilidad obedece al criterio del tenor literal del artículo. De ese modo, en un ejercicio de hermenéutica jurídica, se determina el debido alcance de la norma, considerando que el principio de reparación integral es el fundamento de la indemnizabilidad de todo daño.¹⁹ Este criterio se vio vertido tanto en el informe de debate sobre el proyecto de Ley Reformatoria del Código

¹⁷ Ibid., 9.

¹⁸ Ibid., 10.

¹⁹ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones* (Santiago de Chile: Ediciones EJS, 2016), 296.

Civil sobre la Reparación de Daños Morales como en los considerandos de la misma ley.²⁰ En virtud de lo cual el alcance del artículo se reduce a separar al daño moral de la distribución del daño patrimonial en razón de su carácter extrapatrimonial.²¹ Por lo que es perfectamente posible demandar daños extrapatrimoniales en casos de responsabilidad contractual.

Este criterio ha sido sostenido igualmente en la jurisprudencia ecuatoriana. La Corte Nacional de Justicia, en el emblemático caso Hotel Boulevard c. Londohotel, ratificó la sentencia del juez de instancia que otorgó US\$ 400 000,00 por concepto de indemnización “por el daño moral causado a la buena imagen y prestigio del Hotel Casino Boulevard”.²² Como lo reafirmó la Corte, el hecho generador del daño fue “el incumplimiento del contrato de administración hotelera por parte de London hotel S. A. provocado por el abandono de la operación hotelera, la desatención a los huéspedes y al personal de trabajadores”.²³

Otro caso muy ilustrativo sobre la procedencia de esta indemnización es el de Nidian Torres c. USFQ. En esta causa, la Corte Nacional de Justicia otorgó US\$ 80 000,00 a la accionante Nidian Torres Noboa debido a la “conmoción, incertidumbre, angustia, ansiedad, por la negativa del otorgamiento de su título de Especialista de Derecho en Oftalmología, que le impidió su crecimiento profesional y laboral”.²⁴

Asimismo, cabe mencionar que también han existido casos en los cuales se ha reconocido daño moral producto de un incumplimiento contractual, mas no se ha resarcido pecuniariamente. Este es el caso de Morales c. Interoceánica, en el que la Corte Provincial de Pichincha resolvió otorgar una medida de satisfacción a favor de David Morales Vela al disponer que la compañía aseguradora Interoceánica C. A. presente sus disculpas en oficio y certificación remitidos a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Esto en referencia al reporte de siniestro de tránsito en el que la compañía declaró que el beneficiario del seguro y actor en el proceso se encontraba en estado de embriaguez a fin de no cubrir la póliza de seguro, “acusándolo de un hecho que implica infracción legal [...], vulnerando un derecho personalísimo del

20 Luis Parraguez, y Juan Darquea, “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8, (junio 2017): 108, https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art4.pdf.

21 Es conocida la intención originaria del legislador en este respecto. Como lo señalan Parraguez y Darquea, en los considerandos de la Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales se reconoce igualmente que existe un sinnúmero de situaciones y actos ilícitos que pueden generar daños morales, y que estos daños deben ser reparados. Para la doctrina jurídica no hay dudas de que el incumplimiento contractual es un hecho ilícito que contraviene no solamente la ley del contrato (artículo 1561 CC), sino también los fundamentos mismos del sistema negocial; y honrar las obligaciones contractuales libremente asumidas no es solo una legítima aspiración de los contratantes, sino un valor social que se integra al ordenamiento jurídico, por lo que puede ser fuente de daños morales que deben indemnizarse. Ver *ibid.*, 107-8.

22 Hotel Boulevard c. Londohotel, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de septiembre de 2010, pág. 7.

23 *Ibid.*, pág. 3.

24 Nidian Torres c. USFQ, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de septiembre de 2017, pág. 11.

actor”.²⁵ Sin embargo, en este caso, la Corte Provincial dictaminó que no procedía disponer un resarcimiento económico “por no hallarse justificado algún presupuesto para cuantificarlo”.²⁶ Todo lo cual evidencia la falta de uniformidad respecto al criterio de indemnización por daños provenientes de incumplimientos contractuales.

3.2. CLASIFICACIONES DEL DAÑO

A su vez, la doctrina ha establecido distintas clasificaciones en las que un daño puede subsumirse y ser delimitado a fin de verificar su reparabilidad. Para ello, se han utilizado diversos parámetros como previsibilidad, causalidad, manifestación en una línea de tiempo, su ocurrencia o su naturaleza. Estas clasificaciones ayudan a delimitar la forma del perjuicio sufrido y, en consecuencia, sirven para establecer de mejor manera el fundamento de la indemnización. En primer lugar, la previsibilidad se subdivide en daño previsible e imprevisible. El primero implica que la conducta pudo o debió haberse anticipado, empleando certeza razonable. Por otro lado, el daño imprevisible es aquel que no podría ser anticipado por el afectado.²⁷ Esto se puede determinar en el caso de una esterilización fallida cuando el médico incumple con su deber de información. En consecuencia, el mero hecho de informar acerca de los riesgos de que la intervención no sea fructífera podría hacer que no se verifique el requisito de previsibilidad.

En segundo lugar, se relaciona la conexión que hay entre el daño en sí y el hecho antijurídico. Esta clasificación divide al daño en directo o indirecto. El primero es una consecuencia natural del hecho ilícito. Por otro lado, los daños indirectos carecen del elemento de causalidad, por lo que no pueden ser indemnizados.²⁸ Dentro de este caso, el ejemplo consiste en que una persona acuda ante un profesional de la salud con la finalidad de quedar imposibilitada de tener hijos. Así, el daño sería causado directamente por el ilícito de mala praxis médica.

En tercer lugar, la manifestación del daño en una línea de tiempo puede ser consumado o instantáneo cuando se manifiesta de forma total tras el hecho originador. A su vez, un daño es de producción sucesiva o continuado cuando existe una afectación que se prolonga en el tiempo, iniciando desde el hecho originador sin parar.²⁹ Por último, un daño se clasifica como oculto cuando es manifestado después de haber transcurrido cierto tiempo desde el hecho

25 Morales c. Interoceánica, Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Civil y Mercantil, 3 de febrero de 2016, pág. 21.

26 Ibid.

27 Esta clasificación ayuda a discernir una de las primeras diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. En el primer tipo de daño, quien generó el hecho dañoso solo está obligado a indemnizar por daños previsibles, exceptuándose culpa o dolo. En la responsabilidad extracontractual no existe esta diferenciación, por lo que se responde por todo daño, salvo eximentes.

28 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 7.

29 Luis Moisset de Espantés, *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y lucro cesante* (Buenos Aires: El Derecho, 1973), 791.

generador.³⁰ En la anticoncepción fallida, el daño es *sui generis* ya que puede subsumirse en dos de estas hipótesis en función de la etapa de vida del hijo no planificado. Como se expuso en el caso Enríquez c. Lasso, la Corte Nacional de Justicia concluyó que la víctima había sufrido un daño de naturaleza oculta, ya que esta última padeció en la adolescencia las consecuencias de una evaluación médica errónea realizada durante su infancia.³¹ En el caso de *wrongful conception* se trataría inicialmente de un daño oculto ya que únicamente al verificarse el hecho del embarazo se evidenciaría la negligencia médica. A partir de este momento, si bien no puede devolverse a los progenitores a la misma situación en la que estaban antes de la concepción no deseada, se trata de un daño continuado en la medida que este se prolonga durante el embarazo.

En cuarto lugar, la ocurrencia del daño puede ser actual y futura. Según Moisset “serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda; y daños futuros los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito”.³² En este sentido, a partir del concebimiento de un hijo no deseado, puede ser utilizada una u otra subcategorización dependiendo de la pretensión que se plantee resarcir. Suponiendo que el hijo haya sido dado a luz, el daño puede ser actual cuando se pretenda la reparación de los valores correspondientes al cuidado durante la gestación y los gastos relacionados al parto del hijo. En el mismo supuesto, puede existir daño futuro cuando, al plantear la acción, los legitimados activos pretendan que se les indemnice por los gastos que deberán realizar para el cuidado del menor tras la presentación de la demanda. Como ejemplo, tales gastos pueden ser los relativos a educación, vestimenta, alimentación, entre otros. En este respecto, la forma de cuantificación de estos daños será analizada en la sección final del presente trabajo.

3.3. DAÑOS PATRIMONIALES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

El daño patrimonial puede ser definido como “una pérdida pecuniaria, en un detrimento del patrimonio. Se distingue el daño emergente —pérdida actual en el patrimonio— y el lucro cesante —frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso—. ”³³ Esta clasificación de daños engloba las pérdidas de carácter económico que, a su vez, se subdividen en daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance.

En primer lugar, acerca del daño emergente, el artículo 1532 CC reconoce esta forma de daño como el perjuicio que efectivamente sufrió el afectado.³⁴

³⁰ Ibid., 792.

³¹ Enríquez Jimenez c. Lasso Pinto, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 13 de mayo de 2019.

³² Moisset de Espantés, *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro*, 798.

³³ Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 13.

³⁴ Artículo 1532, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

Por su parte, el tratadista Abeliuk distingue que el daño emergente puede ser entendido como un empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de la víctima sobre quien fue cometida el hecho ilícito.³⁵ A su vez, el daño emergente puede ser tanto actual como futuro. El primer supuesto ocurre cuando el detrimento al patrimonio del afectado sucede en ese momento, anterior a la presentación del acto de proposición. Por otro lado, en el daño emergente futuro, si bien el hecho dañoso ya sucedió o, al menos, ya inició, los efectos de ese hecho todavía no han dejado de surtir, por lo tanto, existe un detrimento exacto que se producirá en el futuro.

Ante el supuesto de una anticoncepción fallida, cabe considerar los resarcimientos por los detrimentos de tipo pecuniario que sufrieron los padres del recién nacido al realizar todas las pruebas y exámenes médicos durante el período de gestación de la madre, pasando por los costos hospitalarios como consecuencia del parto. Además, se debe tomar en cuenta la manutención del hijo, como alimentación y gastos relacionados con la educación. Por último, ¿cuánto tiempo debería tomarse como referencia para dicho resarcimiento? Se deben aplicar los criterios en relación con los tipos de daños, por ejemplo, lucro cesante y, con base en este tipo, se debe tomar en cuenta el tiempo desde la práctica del anticonceptivo hasta la fecha en que se dio la concepción.

El lucro cesante se define como un daño derivado de un detrimento al patrimonio de forma hipotética, es decir, una ganancia o utilidad frustrada.³⁶ El artículo 1532 CC reconoce el supuesto de una ganancia legítima que ha sido frustrada³⁷ frente a beneficios económicos relativamente ciertos. Por lo cual, se puede admitir el carácter relativo de este daño en consideración con los antecedentes del caso.

Dentro del presente análisis surgen cuestiones adicionales. Por ejemplo, se puede plantear como hipótesis el caso en que la madre del hijo se dedica al modelaje. En este supuesto, podría reclamarse por concepto de lucro cesante el dinero correspondiente al tiempo que duró el embarazo y el tiempo postparto durante el cual la madre estuviera impedida de percibir ingresos provenientes de su actividad profesional.

Dicho lo anterior, resulta ejemplificativo otro supuesto en el que la madre tiene como oficio una actividad que involucre viajes constantes. En tal caso, al dar a luz, la progenitora se podría encontrar imposibilitada de ejercer su profesión o al menos le provocaría dificultades que podrían afectar a la misma. Esto en la medida en que, al menos durante el período de lactancia, la madre no estaría habilitada para laborar.

35 René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 791.

36 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 13.

37 Artículo 1532, Código Civil, 1970.

3.4. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR *WRONGFUL CONCEPTION*

El CC en sus artículos 2232 y 2233 reconoce la existencia y, en consecuencia, el resarcimiento de los daños no patrimoniales llamándolos daños morales. Sin embargo, los daños morales son solo una forma de manifestación de daños extrapatrimoniales. La jurisprudencia y los tratadistas han tenido dificultad para definir de forma exacta el significado del daño extrapatrimonial, por lo mismo, se ha adoptado una definición de carácter negativo. Este daño posee una naturaleza no pecuniaria que, en principio, no puede ser evaluada en dinero.³⁸ A su vez, en razón de su amplitud, el daño extrapatrimonial contiene en sí mismo varias clasificaciones para dar cabida a otras facetas de perjuicios que no se identifican con el dolor como fenómeno psicossomático. Así, la doctrina ha contemplado como tipos de daños extrapatrimoniales al daño moral o *pretium doloris*; al daño corporal, que incluye al daño estético y biológico; la pérdida de los placeres de la vida; y los daños a derechos de la personalidad o reputacionales.³⁹

Por antonomasia, el daño extrapatrimonial más aludido es el *pretium doloris* o daño moral. Este consiste en toda lesión que sufre una persona en su psiquis, traducándose como un sufrimiento físico o aflicción psicológica del afectado.⁴⁰ Es importante entender a esta clasificación como *pretium doloris* o “precio del dolor” por cuanto este consiste en el daño moral en *strictu sensu* y no en el sentido genérico que falla en diferenciarlo de los otros tipos de daños extrapatrimoniales.⁴¹ Este daño puede manifestarse en supuestos en los que uno de los progenitores padezca angustia, depresión u otros impactos físicos o emocionales producto de las consecuencias de la negligencia médica. Partiendo del sufrimiento que puede experimentar una persona por ser padre o madre sin tener la intención de serlo, el daño moral puede consistir en múltiples afectaciones físicas o psicológicas para ambos progenitores. Por lo cual, podría verificarse *pretium doloris* ante detrimentos físicos o psicológicos que deriven de la gestación, parto, posparto, lactancia, entre otros momentos ciertamente demandantes que los padres no hubiesen tenido que atravesar si no fuera por la mala praxis del médico operante. Todo esto debe matizarse según el alcance de los daños por anticoncepción fallida.

Por otro lado, como su nombre lo indica, el daño corporal engloba el daño fisiológico del cuerpo, ya sea de manera interna o externa. Su consecuencia es

38 Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 286.

39 Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2013), 283.

40 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 15.

41 En la doctrina clásica sostenida por autores como Mazeaud, Rippert-Boulanger, Von Tuhr, Jean Carbonnier, no se hace una diferenciación clara y tajante respecto del daño moral en sentido restringido (*pretium doloris*) y el daño extrapatrimonial o inmaterial. Los motivos yacen en la postura que asumió uno y otro doctrinario para clasificar el daño en sus aspectos patrimoniales o materiales. No obstante, la posición de tales tratadistas dejó dentro de la doctrina la necesidad de diferenciar más a fondo la tipología o clasificación de los daños haciendo rigurosa la diferencia entre el *pretium doloris* y el daño moral *lato sensu*, los daños extrapatrimoniales. Ver María del Socorro Rueda, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o *pretium doloris*”, *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*, n.º 4 (2007): 27. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539904003.pdf>.

un cambio en la vida que poseía la víctima con anterioridad al daño. A su vez, este daño se divide en estético y biológico. Un ejemplo de daño estético dentro de una falla en un método anticonceptivo permanente puede ser la modelo del ejemplo anterior que queda embarazada. Como consecuencia del parto, es muy posible la aparición de estrías en el cuerpo de la modelo, algo que cambiaría la apariencia inicial de esa persona. Siguiendo con el mismo ejemplo, un daño biológico puede manifestarse como consecuencia de una gestación o parto complicados, en los que la modelo puede afrontar consecuencias físicas de por vida.

Por su lado, la pérdida de los placeres de la vida se traduce en una privación de satisfacciones de orden social que poseen las personas, por lo mismo, dependerá mucho el estilo de vida de las personas y de sus preferencias para determinar responsabilidad por este daño. La consecuencia de este daño implicaría que la persona ya no puede disfrutar de su vida como lo era antes del concebimiento de su hijo.

Los daños a la reputación consisten en cualquier detrimento a la honra, intimidad y cualquier cualidad que se desprenda de la personalidad de un sujeto.⁴² No cabe descartar situaciones en las que puedan existir daños reputacionales como consecuencia de una mala práctica anticonceptiva a la persona afectada. Sin embargo, tanto por las características específicas de este tipo de daño extrapatrimonial como por su probabilidad de ocurrencia y prueba, no es relevante para el objeto de este estudio.

4. ANÁLISIS DEL HECHO ANTIJURÍDICO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL CONCEPTION*

La doctrina y la jurisprudencia han abierto al debate dos posiciones, cuestionándose si es correcto hablar de un hecho antijurídico o de un hecho ilícito. El primero tiene una connotación material, del cual se desprende el deber general de no dañar o *alterum non laedere*, que se encuentra más presente en ordenamientos jurídicos anglosajones y permite dinamizar la atribución de la responsabilidad civil a diferentes escenarios. En ese sentido, Hernán Escudero concluye: “la existencia de un presupuesto denominado antijuricidad en la responsabilidad civil tiene sentido solo si definimos su contenido”.⁴³ Por otro lado, la tesis del hecho ilícito o antijuricidad formal es atribuida a la doctrina clásica, en la que se enuncia que, para que exista un hecho ilícito, se debe encontrar la norma o el derecho que se ha violado dentro de la norma positivizada.⁴⁴

42 Barros, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, 287.

43 Hernán Escudero, “La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuricidad como presupuesto material de la responsabilidad civil”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, octubre 2019: 18, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/8934>.

44 Jorge Bustamante, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 87-121.

Los artículos 2214 y 2219 del CC prescriben la obligación de resarcir el daño frente a la ocurrencia de un hecho contrario al ordenamiento jurídico, sea de forma contractual o extracontractual. En casos de *wrongful conception*, el hecho antijurídico, ya sea de acción u omisión, es conocido como acto médico. Este acto consiste en “todas aquellas actividades que profesionalmente deben cumplirse en relación con la atención que debe brindarse al paciente”.⁴⁵ De incumplirse las actividades legalmente debidas en la relación contractual médico-paciente, sea por dolo o culpa, se produce el hecho generador de responsabilidad civil.

En el caso de un daño derivado de un método anticonceptivo quirúrgico, el hecho antijurídico recaería en al menos dos supuestos: la propia práctica negligente de la esterilización y la omisión al deber de información sobre los riesgos y fracasos que puede conllevar la intervención, este deber es indispensable para un consentimiento informado que se fundamenta en la propia dignidad humana.⁴⁶ Ambos supuestos ocurren cuando el médico tenía un deber general de cuidado sobre el paciente, debiendo atender a estándares de un tercero razonable en las mismas circunstancias; y, además, la obligación de medios de proveer una atención médica diligente conforme a la situación clinicopatológica del paciente y la *lex artis* vigente al momento del acto médico.⁴⁷

5. EL NEXO CAUSAL ENTRE LA CULPA GALÉNICA Y EL DAÑO PRODUCTO DE LA ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

Con base en lo establecido por José Puig, la causalidad consiste en un “enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino aquél sin este no se hubiese producido”.⁴⁸ Además, la responsabilidad de indemnizar por los daños causados es de tipo subjetiva, es decir, es obligación de la presunta víctima probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho antijurídico.⁴⁹ En otras palabras, la causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil, de manera que, en ausencia de este requisito, no se configura la obligación de indemnizar conforme lo señala el artículo 2214 del CC.⁵⁰

45 Rosa Carranza, “Incumplimiento del contrato de responsabilidad civil medica por prestación defectuosa del servicio”, *Corporación Universitaria de la Costa* (junio 2010): 28-9, <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/889/32750188.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

46 *Ibid.*, 31.

47 *Ibid.*, 58.

48 José Puig, *Compendio de derecho civil* (Barcelona: Casa Editorial, 1994), 267.

49 Ponce, “Responsabilidad civil extracontractual”, 93.

50 Artículo 2214, CC: “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Artículo 2214, CC, R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

En casos de responsabilidad médica, como la esterilización fallida, se analizó que esta deriva del incumplimiento de una obligación de medios plenamente regida bajo un régimen contractual. Sin embargo, el régimen de responsabilidad extracontractual puede operar cuando, producto de esta negligencia, derivan daños que no son objeto del contrato celebrado entre el médico y el paciente. Por lo cual, corresponde analizar el nexo causal de ambos regímenes.

En primer lugar, en la responsabilidad civil contractual, la obligación de reparar deriva del incumplimiento del contrato. Mientras que la causalidad, en la responsabilidad civil extracontractual, deriva del nexo causal entre el daño ocasionado y la vulneración al deber general de cuidado. En relación con la responsabilidad civil contractual, en los casos de responsabilidad médica, el daño únicamente lo produce el médico que no ha cumplido con la obligación pactada. Por lo tanto, se le atribuye la obligación de los daños a ser resarcidos. Sin embargo, en este caso, el cumplimiento forzoso del contrato resultaría imposible, debido a que el embarazo ya se produjo y el objeto del contrato entre las partes fue incumplido.

El problema deriva en la responsabilidad civil extracontractual debido a que, *prima facie*, parecería no haber concausalidad, es decir, la existencia de varios hechos ilícitos cometidos por varias personas debido a que únicamente podrá ser responsable el médico. No obstante, ¿qué sucede si se extiende el panorama? ¿Podría ser también responsable el hospital en el que se llevó a cabo la operación o el personal médico que haya intervenido en el procedimiento quirúrgico? Inclusive, cabe considerar que el daño podría ser causado por la misma víctima al no cumplir los lineamientos médicos exigidos para el cuidado del tratamiento. En consecuencia, corresponde analizar el régimen de causalidad bajo el prisma de las cinco teorías que contempla la doctrina, estas son *sine qua non*, próxima, preponderante, eficiente y adecuada.⁵¹

5.1. TEORÍA *SINE QUA NON*

Se la conoce también como teoría de equivalencia de las condiciones, cuyo fundamento es que “todas las eventualidades presentes en la generación de un daño se miran como equivalentes”.⁵²

Sin embargo, para efectos del presente trabajo se considera que esta teoría implicaría un resultado equivocado al momento de establecer responsabilidades debido a que, de entre todas las causas, no “identifica aquella con la

51 Iván Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, noviembre 2020: 11, <https://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/10198>.

52 Ibid.

virtuosidad necesaria para causar el daño”.⁵³ Respecto a las acciones de *wrongful conception*, con base en esta teoría, cualquier persona que haya participado dentro del proceso de esterilización, incluso el enfermero que simplemente pasaba los utensilios al médico, podría ser responsable por el daño ocasionado. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta la falta de cuidado por parte de la víctima o incluso si la misma se ha retirado el tratamiento —en aquellos casos en que se puede desprender el anticonceptivo, por ejemplo, el implante subdérmico—. Lo cual evidencia la mayor crítica a esta teoría, ya que no delimitaría la cantidad de causas posibles, que podrían llegar a ser excesivas e irrazonables, por lo que brindaría el análisis suficiente a las causas relevantes para la atribución de esta responsabilidad.

5.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PRÓXIMA

Esta teoría ha sido desarrollada en mayor medida por Juan Prevot, quien señala que solo las condiciones más próximas en tiempo y espacio son las que ayudan a determinar la relación causal.⁵⁴ En aplicación de esta teoría a las acciones analizadas en este trabajo, únicamente puede ser responsable el médico que practicó la operación. Sin embargo, deja de lado la responsabilidad que pudiese tener el hospital a cuyo cuidado se encontraban los insumos que podrían afectar la operación u otros intervinientes de esta. Por otro lado, también se debe tomar en cuenta la observancia de las prescripciones sugeridas por el médico a razón de que, en caso de incumplimiento de dichos cuidados, la ineficacia del tratamiento sea directamente atribuible al paciente, por consiguiente, el médico o el hospital quedan a salvo de responsabilidad civil.

5.3. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PREPONDERANTE

Biding y Oertmann se han encargado de desarrollar esta teoría que tiene como fundamento que, a través de criterios cuantitativos, se establezca el hecho dominante del daño, es decir, que en mayor medida haya contribuido a su producción.⁵⁵ Si bien se trata de una teoría que, en principio, pretende atribuir responsabilidad a quien contribuye al resultado dañoso, esta no establece cuáles deben ser los criterios para determinar cuánto aportó una determinada conducta en la generación del daño. En relación con el caso estudiado, el médico puede ser quien más daño ha causado, pero también se dejan de lado muchos otros factores. Esto refleja que se trata de una teoría subjetiva, ya que debe tomarse en cuenta igualmente la incidencia de otras potenciales causas, por ejemplo, resultados erróneos de los exámenes del paciente sometido a la

⁵³ Ibid., 14.

⁵⁴ Juan Prevot, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15 (diciembre 2010): 150, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-80722010000200005&lng=es&nrm=iso.

⁵⁵ Jorge Beltrán, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil,” *Derecho y Sociedad* 23 (septiembre 2004): 262, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891>.

intervención por parte del laboratorio clínico. En consecuencia, esta teoría resultaría insuficiente para determinar la causa real del daño.

5.4. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD EFICIENTE

En esta teoría se establece el nexo causal entre el daño y la conducta en la medida que posea, intrínsecamente, las características más eficaces para generar el resultado lesivo.⁵⁶ Con base en esto, es importante distinguir tres aspectos: causa, condición y ocasión. En relación con la causa, se trata de aquello que provoca el daño, por ejemplo, la incorrecta aplicación del anticonceptivo. En relación con la condición, es todo lo que permite que la causa provoque el efecto, verbigracia, incompleta verificación de los exámenes del paciente. Finalmente, la ocasión se define como aquella que favorece a la causa, es decir, en el caso en que el médico, una vez practicada la operación, no verifica si la misma ha funcionado adecuadamente o no informa preliminarmente al paciente sobre su porcentaje de efectividad. Sin embargo, esta teoría no llega a determinar los criterios cualitativos por los que se puede llegar al resultado dañoso. Por lo que, nuevamente, queda a la libre valoración del juez con base en las pruebas aportadas por la víctima.⁵⁷

5.5. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Según lo señala Luis Díez-Picazo y Ponce de León, la idea central de esta teoría es buscar atribuir el nexo causal sobre la base de ejercicios probabilísticos que pueden consistir en analizar la frecuencia con que dicho hecho ocurra.⁵⁸ Además, la jurisprudencia ecuatoriana refuerza esta definición atribuyéndoles jurídicamente causas del daño a aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo, conforme a las reglas de la experiencia, en un curso normal de acontecimientos.⁵⁹

En este caso, la aplicación de la teoría en su primera fase —ejercicio *but for*— significaría que podría responder cualquier persona que, dentro del curso normal de los hechos, provoque el daño, por ejemplo, a causa de la defectuosa transportación de insumos al quirófano o de la mala práctica de esterilización, entre otras causas que deriven en *wrongful conception*. Por lo cual, no existiría certeza a la hora de determinar la causa adecuada por la subjetividad que implica el término “curso normal de los acontecimientos”. No obstante, el ejercicio probabilístico responde a un criterio más objetivo que facilitaría que, en casos como aquellos que son objeto del presente análisis, se empleen métodos

56 Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, 13.

57 *Ibid.*, 14.

58 Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 338.

59 Caso n.º 17312-2009-1245, Juzgado Décimo Segundo, Sala de lo Civil, 29 abril de 2013, pág. 3.

estadísticos que demuestren el agente con mayor potencialidad de ocasionar el daño. En tal virtud, esta teoría resultaría más idónea para el supuesto que nos atañe.

6. INDEMNIZACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA ACCIÓN DE *WRONGFUL CONCEPTION*

La indemnización es un mecanismo a través del cual la víctima de un hecho antijurídico puede ser reparada o compensada por las consecuencias del daño sufrido. Con base en el artículo 2214 del CC, todo daño es indemnizable. En consecuencia, todo daño derivado del incumplimiento de las estipulaciones contractuales —responsabilidad civil contractual— o del incumplimiento del deber general de no dañar —responsabilidad civil extracontractual— es indemnizable. Sin embargo, la interrogante es: ¿cómo se cuantifican los daños derivados del cometimiento del hecho antijurídico?

El principal problema en la cuantificación de daños, en general, ha sido que los jueces ordenan como medidas de reparación y compensación valores económicos irrazonables y excesivos. Además, la Corte Constitucional ha sostenido que los jueces no brindan “claridad alguna al momento de entender cuál fue la fuente de derecho que alimentó o sustentó dicha decisión”.⁶⁰ Por lo anterior, es necesario esclarecer que la acción indemnizatoria busca resarcir a la víctima. Es decir, una vez probados el daño, el hecho antijurídico y el nexo causal se debe indemnizar a la víctima para que regrese a la posición en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. En consecuencia, es necesario que se fijen ciertos parámetros en relación con la cuantificación de los daños para evitar que las víctimas abusen de su posición y se enriquezcan sin justa causa.

En primer lugar, cabe distinguir la cuantificación de los daños de carácter patrimonial de los daños extrapatrimoniales. En relación con los daños patrimoniales, este tipo de daños recaen sobre el patrimonio de una persona, en consecuencia, son resarcibles por medio de un pago pecuniario para dejar a la víctima en una situación similar a la que hubiera estado sin la producción del hecho antijurídico.

Los tipos de daños que derivan de esta clasificación son daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad. El daño emergente, conforme lo define Eduardo Zannoni, consiste en la “sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado”.⁶¹ Además, se entiende al lucro cesante como “aquel que corresponde a la frustración de nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente obtenido si no se hubiera verificado el hecho

⁶⁰ Causa n.º 0289-13-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 2 marzo de 2015, pág. 13.

⁶¹ Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 88.

ilícito o el incumplimiento.⁶² Por lo tanto, se debe realizar una valoración económica del perjuicio ocasionado en la persona producto de las acciones de *wrongful conception* con fundamento en el artículo 1572 del CC.

En un caso resuelto por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, una persona buscaba practicarse el procedimiento de vasectomía para no tener hijos.⁶³ Sin embargo, una vez practicada la intervención quirúrgica, el médico no informó al paciente que no había tenido éxito. En consecuencia, meses después se produjo el embarazo no deseado.⁶⁴ ¿Qué factores toma en cuenta el Juzgado de Medellín a la hora de cuantificar el daño emergente y el lucro cesante?

El juzgador toma en cuenta una serie de parámetros para la cuantificación del daño: los gastos del tratamiento médico de su pareja durante y después del período de lactancia, así como los costos y la manutención del menor de edad. En relación con el segundo punto, un aspecto para la cuantificación de este tipo de daño son los gastos mínimos del menor de edad tomando como referencia los ingresos de los progenitores —lo que se conoce en el sistema ecuatoriano como derecho de alimentos—, además, se señala que, como “los padres se encuentran trabajando, es necesario que la menor reciba un cuidado hasta una edad en la que lo pueda hacer por ella misma”.⁶⁵ Lo anterior se traduce en nuestro ordenamiento jurídico hasta la edad mínima que tienen los menores de edad para celebrar negocios jurídicos en lo relativo a contratos de trabajo.⁶⁶

Sin embargo, dicho criterio se considera erróneo y así lo confirma el Tribunal Superior de Medellín, puesto que no corresponde al médico contribuir con el pago de dichas obligaciones alimentarias porque él, como prestador de un servicio de salud, no tiene el control de la efectividad plena del método anticonceptivo. Además, la existencia de un hijo o una hija no es fundamento para considerarlo como una situación lesiva a los progenitores porque “es una carga que deben soportar, como un posible resultado inherente al ejercicio de la sexualidad”.⁶⁷

Por lo tanto, la cuantificación de daño emergente en este tipo de casos no es plausible puesto que las personas están ejerciendo el derecho a su libertad sexual y, dado que la concepción es un fenómeno natural, su ocurrencia no puede ser

62 Ibid., 89.

63 Causa n.º 05001-31-03-007-2017-00287, Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, 13 de diciembre de 2022, pág. 5.

64 Ibid.

65 Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 90.

66 Artículo 65, Código de la Niñez y Adolescencia [CONA]: La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes estará a lo previsto en el código civil, a excepción de los siguientes casos: 2. las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo (énfasis añadido). Artículo 2214, CONA, R. O. Suplemento 737, de 3 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

67 Causa n.º 05001-31-03-007-2017-00287, Distrito Judicial de Medellín Tribunal Superior, Sala Cuarta de Decisión Civil, 8 mayo de 2023, párr. 39.

materia de indemnización. Sin embargo, el Consejo de Estado de Colombia establece que existen dos excepciones para la cuantificación de este tipo de daño: “i) cuando se haya garantizado al paciente la total eficacia del método ofrecido o ii) se demuestre que los gastos a asumir son superiores a los que naturaleza se imponen este tipo de eventos adversos, toda vez que la libertad reproductiva no entraña la garantía de la no reproducción”.⁶⁸ En este caso, cuando se dé uno de los dos supuestos de excepción, debe aplicarse únicamente el primer criterio empleado por el juzgador de primer nivel y este es la cuantificación de los costos del tratamiento médico de la pareja, y debe tomarse en cuenta: i) tiempo del tratamiento, ii) edad de la pareja, iii) factores de riesgo en la salud de la madre, iv) riesgo de enfermedad del *nasciturus* y v) costos del procedimiento.

Sin embargo, cabe agregar un aspecto esencial en relación con el tipo de daño de la pérdida de oportunidad. En primer lugar, es menester añadir que la pérdida de oportunidad no se encuentra expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico, pero sí existe la posibilidad de reclamarla como daño emergente y no como lucro cesante debido a que se configura un daño hipotético. El fundamento de la pérdida de oportunidad es que se impida el aprovechamiento o ejercicio de un derecho que, en principio, ya tenía la persona. En segundo lugar, por ejemplo, la aplicación de este tipo de daño puede radicar en la posibilidad de acceso del progenitor a un trabajo en el que se establezca como requisito no ser padre y, al no funcionar el método anticonceptivo, la persona pierda esta oportunidad. En consecuencia, la cuantificación del daño para este tipo de casos es tomar como base i) la certeza de la obtención del trabajo si el ilícito no hubiese acontecido y ii) la supuesta remuneración a percibir.

Una vez analizados los daños patrimoniales y las posibles formas de cuantificar este tipo de daños por parte de los jueces, corresponde analizar las formas de cuantificación con base en los daños extrapatrimoniales. Por definición, se trata de perjuicios que carecen de un contenido pecuniario, es decir, lesionan o destruyen un bien jurídico inherente a la personalidad de la persona.⁶⁹ En la legislación ecuatoriana se ha usado la expresión “daño moral” para referirse a toda la categoría de daños extrapatrimoniales. En este aspecto, es importante hacer énfasis que existe una clasificación de los tipos de daños extrapatrimoniales y no solo la categoría de daño moral. Así como lo expone Coronel, “[el CC] al referirse a daños morales, se está refiriendo a daños extrapatrimoniales en sentido amplio”.⁷⁰ Por lo tanto, se torna importante la clasificación de daños extrapatrimoniales en sentido amplio para su aplicación en las acciones de *wrongful conception*.

68 Sentencia 2009-00051, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, 5 de diciembre de 2016, párr. 1.

69 Luis Ternera, y Francisco Ternera, “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización,” *Revista Colombiana de Derecho Privado* 7, n.º 13 (junio 2008): 103, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1692-25302008000100005#:tex=el%20da%c3%b1o%20extrapatrimonial%20es%20la,una%20persona%20natural%20o%20jur%c3%aaddica.

70 Leonardo Coronel, “La cuantificación de daños morales: El correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano”, *USFQ Law Review* 9, n.º 2 (octubre 2022): 102, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2742>.

En primer lugar, se entiende al daño moral como el sufrimiento de naturaleza psicológica.⁷¹ En segundo lugar, el daño corporal dividido en daño estético y biológico.⁷² En tercer lugar, los daños a la vida en relación, es decir, la privación de satisfacciones personales. En cuarto lugar, los daños a la personalidad, es decir, daños a derechos personalísimos que giran en torno a la reputación de una persona. Finalmente, el daño moral objetivado, fundamentado en la indemnización pecuniaria por vulneración psicológica. En relación con el *wrongful conception*, todos estos tipos de daños extrapatrimoniales pueden encasillarse dentro de la situación mencionada, por tanto, hay que verificar minuciosamente caso por caso.

Una vez determinado el tipo de daños extrapatrimoniales que las víctimas pueden sufrir según el caso, corresponde analizar el régimen de indemnización y la cuantificación de los mismos. Con base en lo prescrito por el artículo 2214 del CC, todo daño es indemnizable, por lo que los daños extrapatrimoniales no quedan exentos de esta norma. En consecuencia, corresponde analizar la cuantificación del daño.

En respuesta a la arbitrariedad, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en la causa n.º 01803-2018-00396 brinda una posible guía para la cuantificación de los daños.⁷³ La Corte alega que, en temas de responsabilidad, el estándar de motivación ha de ser más alto, por lo que no basta con la mención de jurisprudencia y doctrina sin conocer cómo aquellos se subsumen para arribar al resultado esperado. Se debe tomar en cuenta que la garantía de la motivación es un derecho de rango constitucional que debe ser observado por todos los funcionarios al momento de dictaminar sus decisiones. En la sentencia referida, la Corte Nacional busca desarrollar un estándar mínimo sobre los parámetros que deben tomarse en cuenta cuando se calculan los daños morales — entendidos en su sentido amplio—. La Sala expone como criterios a tomarse en cuenta: i) tipo de daño físico, ii) duración del daño, iii) máximas de la experiencia, iv) ingresos, v) edad y vi) estado civil.⁷⁴

En este aspecto, trasladando este criterio a las acciones *wrongful conception*, se debe desarrollar un estándar más amplio, puesto que se busca reparar la afectación al bien jurídico de autodeterminación reproductiva. En este caso, además de los parámetros establecidos por la referida sentencia de la Corte Nacional de Justicia, proponemos que se analice este tipo de daños bajo los siguientes parámetros:

71 Jorge Mosset, *Estudios sobre responsabilidad por daños* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998), 10.

72 El daño estético se fundamenta en la afectación negativa hacia el cuerpo de una persona y el impacto negativo en el fuero interno de las personas, mientras que el daño biológico es aquel que se percibe en la funcionalidad del cuerpo humano.

73 Causa n.º 01803-2018-00396, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 8 septiembre de 2021, pág. 21.

74 *Ibid.*, 13.

1. Edad de los progenitores: esto con el fin de conocer el grado de madurez psicológica que tengan los padres, porque no es lo mismo que la afectación la sufra una persona de treinta años o que la sufra una persona de dieciocho años. Además, sirve para verificar el grado en que estos se van a ver cohibidos de actividades que, usualmente, a su edad podían haber realizado.
2. Motivo por el que se realizaron la intervención anticonceptiva: en este caso es preciso conocer la razón detrás del sometimiento al método para verificar si la persona lo hace con el único fin de protegerse de algún tipo de enfermedad o con el deseo de no continuar con su descendencia.
3. Nivel de estudio: este requisito tiene por finalidad dar mejores herramientas al juzgador para que tome las medidas necesarias para garantizar un nivel de estudio que permita desarrollarse a la pareja.
4. Medio social en el que se desarrollan: es un tema discutido, pero los jueces lo deben tomar en cuenta dado que —en muchas sociedades, especialmente en la ecuatoriana— existen estereotipos por parte de los habitantes, quienes perjudican con comentarios u opiniones a quienes tengan un niño o una niña a temprana edad. Por ello debe evaluarse para cuantificar el daño psicológico que estos comentarios pueden producir.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido desarrollada muy escasamente en la temática de cuantificación de daños, y las acciones de *wrongful conception* no son la excepción, por lo que se requiere de un pronunciamiento célebre de este problema por parte de la Corte Nacional de Justicia como mayor órgano de administración de justicia ordinaria. Lo mencionado previamente sirve para realizar una cuantificación adecuada para este tipo de daños, sin dejar de lado factores externos e internos de la víctima. Si bien la sentencia mencionada sirve de guía para la cuantificación de daños extrapatrimoniales, en general, esta no es suficiente al momento de cuantificar *wrongful conception* debido a la afectación a un derecho consagrado a nivel constitucional.

7. CONCLUSIÓN

En este trabajo se analizaron los presupuestos que deben verificarse para dar lugar a la responsabilidad civil en los casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception* en concordancia con lo establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, con base en la doctrina y jurisprudencia comparada, se expuso el fundamento de este daño en concreto. Con lo expuesto, se concluye que el régimen de responsabilidad civil aplicable es predominantemente contractual en función de la relación jurídica médico-paciente, y es eventualmente extracontractual cuando los menoscabos patrimoniales y extrapatrimoniales de esta lesión al proyecto vital del titular de esta garantía

son asumidos y reclamados por quien presenta la acción de daños por anti-concepción fallida.

Por la novedad que supone en el sistema ecuatoriano la reclamación de daños relacionados con la concepción, se identificaron los potenciales daños jurídicos originados en estos casos, particularmente centrados en aquellos de esterilización fallida. De esta forma, se abarcaron supuestos en los que podrían verificarse tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Por lo cual se determinó que es plausible una reparación por daños pecuniarios o no pecuniarios en los casos examinados.

En consecuencia, una vez probada la negligencia médica que dio lugar a una anticoncepción fallida, no se debe descartar la posibilidad de concausalidad en el *iter* dañoso. Esto considerando que otros intervinientes en el procedimiento quirúrgico pueden ser determinantes para la producción del hecho antijurídico. En virtud de lo cual se concluye que la teoría de causalidad adecuada resulta la más idónea, ya que parte de un criterio más objetivo, como lo es el ejercicio probabilístico que identifica al agente con mayor potencialidad de ocasionar el daño.

Finalmente, partiendo de la jurisprudencia comparada colombiana y ante la ausencia de jurisprudencia nacional sobre las acciones de *wrongful conception*, se establece una propuesta sobre la verificación de ciertos parámetros a la hora de cuantificar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Sin embargo, se debe hacer énfasis en estos últimos debido a la falta de jurisprudencia y lineamientos normativos en relación con la cuantificación de daños. Lo anterior ocasiona que el *quantum* de la reparación quede a total discrecionalidad del juzgador y no siga estándares objetivos. Existen vacíos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que ameritan ser colmados para evitar que, en las indemnizaciones, se incurra en supuestos de enriquecimiento sin causa o queden daños sin reparar.

Por lo que, conforme a los parámetros analizados y la jurisprudencia comparada, si bien las acciones de *wrongful conception* son teóricamente procedentes, es menester encontrar un marco jurídico aplicable a los daños relacionados con la vida. Esto cobra mayor relevancia si se consideran las interpretaciones erróneas que podrían darse al confundir al daño con la vida misma del hijo o la hija. Por lo cual se debe considerar que el daño en las acciones de *wrongful conception* yace en la vulneración a bienes e intereses jurídicamente protegidos, como la lesión al derecho a la libertad reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad de los progenitores. Así, por cuanto pueden verificarse los presupuestos de responsabilidad civil contemplados en la legislación ecuatoriana, estos daños, como todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona, deben ser reparados.