

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimes; Jaime Arturo Moreno-Martínez

<http://dx.doi.org/10.35381/raji.v7i1.2200>

La asunción del riesgo en la responsabilidad civil frente a procedimientos de septoplastia

Assumption of risk in civil liability for septoplasty procedures

Andrea Susana Astudillo-Carrera
andrea.astudillo.44@est.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7250-0253>

Andrés Esteban Jaimes
andres.jaimes@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-4779-1239>

Jaime Arturo Moreno-Martínez
jmorenom@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-8836-3524>

Recibido: 15 de agosto 2022
Revisado: 01 de octubre 2022
Aprobado: 15 de noviembre 2022
Publicado: 01 de diciembre 2022

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar de qué forma la asunción del riesgo configura un eximente de responsabilidad civil frente a daños ocasionados en procedimientos de septoplastia; así pues, el trabajo se realiza mediante el tipo de investigación jurídico descriptivo. Teniendo en cuenta que la desviación del tabique nasal es la patología más frecuente, y puede ser corregida mediante la septoplastia con técnica de Cottle; como cualquier procedimiento presenta riesgos, los cuales, al ser aceptados voluntariamente por el paciente de forma previa al procedimiento de la septoplastia, configuraría la asunción del riesgo como un eximente de responsabilidad.

Descriptor: Ética médica; ética de la ciencia; bioética. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze in what way the assumption of the risk configures an exoneration of civil liability for damages caused in septoplasty procedures; therefore, the work is carried out by means of a descriptive legal research. Taking into account that nasal septum deviation is the most frequent pathology, and can be corrected by means of septoplasty with Cottle's technique; as any procedure presents risks, which, when voluntarily accepted by the patient prior to the septoplasty procedure, would configure the assumption of risk as an exemption of liability.

Descriptors: Medical ethics; ethics of science; bioethics. (UNESCO Thesaurus).

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

INTRODUCCIÓN

Una de las patologías *nasosinusales* más frecuentes en los procedimientos de otorrinolaringología es la desviación del tabique nasal, la cual se presenta por malformaciones congénitas -como en las personas con labio y paladar hendido- o de manera traumática. Una de las técnicas de corrección frente a la misma, es el procedimiento denominado *septoplastia* con técnica de *Cottle*, el cual consiste en realizar una incisión en el borde caudal de tabique nasal, llegar hasta el plano del *mucopericondrio* y *mucoperiostio*; y elevar la mucosa septal respetando este plano de tal manera, que los vasos sanguíneos que nutren a la mucosa no tengan ningún tipo de alteración (Amaral, et al. 2017).

Así mismo, la *septoplastia* tiene complicaciones intrínsecas como: sangrado, fístula de líquido cefalorraquídeo, infección, hematoma septal - absceso septal, perforación y deformidad septales recurrente, sinequias y alteraciones olfatorias. La Constitución de la República del Ecuador ha señalado que aquellas personas quienes dentro del ejercicio de su profesión, arte u oficio incurran en una mala praxis, serán responsables por los daños que se ocasionen, principalmente en aquellas situaciones en las cuales se ponga en grave riesgo la integridad o vida de las personas (Constitución de la República del Ecuador 2008, art. 54).

Debe partirse del concepto necesario del riesgo, el cual puede ser comprendido como la posibilidad de presentarse un daño, el cual versa sobre un fundamento jurídico de imputación objetivo, debido a que la teoría del riesgo se basa en acreditar el aumento del riesgo en una actividad en concreto y la relación causal de entre el hecho y el daño ocasionado (Restrepo, 2006).

Por otra parte, el consentimiento es aquel proceso en el cual el paciente accede de manera voluntaria a la realización los procedimientos o tratamientos médicos, luego de conocer de forma clara precisa los riesgos a los cuales se va a someter (Cañete, et al. 2012). Dicho lo anterior, la asunción del riesgo es considerada como aquella exposición que realiza de manera voluntaria una persona con respecto a unos riesgos que son creados por otro, los cuales ponen en peligro su vida, salud e integridad (Betancourt, 2014).

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

Por lo anterior, el objetivo del presente artículo consiste en analizar de qué forma la asunción del riesgo configura un eximente de responsabilidad civil frente a daños ocasionados en procedimientos de septoplastia.

MÉTODO

El método investigativo que se lleva a cabo es el jurídico descriptivo que, encuentra encaminada a calificar lo observable con el propósito de determinar ya sea su estructura o su comportamiento (Arias, 1999, p.20) en el presente artículo se desarrolla este método mediante análisis de leyes y doctrina aplicada a la materia. El diseño de la presente investigación es de revisión documental, por ello, los documentos a tener en cuenta comprenden tesis, doctrina, artículos académicos y legislación.

Se plantea como técnica de recolección de información, el análisis documental, teniendo en cuenta que para las autoras (Dulzaidés & Molina, 2004), es la unión de varias operaciones intelectuales, que pretenden describir documentos de forma uniformada para que sea más simple su recuperación.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Se presentan los temas analíticos de la investigación:

La Responsabilidad Civil Derivada de los Actos en Salud. El régimen jurídico de la responsabilidad civil en el régimen ecuatoriano

Para dar inicio al abordaje del presente capítulo, es indispensable mencionar lo establecido en la Constitución Política del Ecuador, la cual señala claramente que tanto las personas como los entes que se encargan de prestar tanto servicios públicos como bienes de consumo o que los comercialicen, les será atribuible la responsabilidad en el ámbito civil y el ámbito penal debido a: deficiencias cuando prestan un servicio o cuando el producto no sea de calidad o cuando el producto no se encuentre acorde a la publicidad (Constitución de la República del Ecuador 2008).

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

De igual forma, serán responsables aquellas personas a la cuales se les pruebe que incurrieron en una mala *praxis* dentro del desarrollo su oficio, arte o profesión particularmente en aquellos hechos en los cuales se ponga en grave riesgo situaciones como la integridad o la vida de las personas (Constitución de la República del Ecuador 2008). Es importante señalar que, en el código civil del Ecuador no se hace ningún tipo de mención respecto a las formas de los contratos en el ámbito de la medicina, y, por ende, se deben adoptar las legislaciones que tienen otros países respecto al tema, con el fin de actualizar la legislación médica en el Ecuador.

Elementos configuradores de la responsabilidad civil

A nivel doctrinal, cuando se habla de los elementos que configuran la responsabilidad civil, se hace mención a la culpa, el daño y el nexo causal también llamado relación de causalidad (Herrera, 2019). Así mismo, cabe aclarar que, en el ordenamiento jurídico del Ecuador, la responsabilidad civil, se configura cuando la actuación es dolosa o culpable (del Brutto, 2018). Dicho lo anterior, se entrarán a ver los elementos más a detalle:

El daño

A nivel doctrinal existen varios conceptos acerca del daño como uno de los elementos que hacen parte de la responsabilidad civil, una de ellas es que, es considerado como la disminución que sufre una persona a nivel patrimonial o extrapatrimonial, si es patrimonial se denomina daño material, el cual se encuentra clasificado en daño emergente y lucro cesante; el primero se encuentra encaminado a la pérdida de la economía que ya se tenía; y el segundo corresponde a no poder disfrutar de las ventajas económicas que se esperaban, lo que quiere decir que no se presentan ganancias; ahora bien, el daño extrapatrimonial es denominado daño moral, y versa sobre la afectación que sufre la persona en cuanto a los bienes que no son patrimoniales, esto es el dolor padecido por la persona respecto a los daños ocasionados (del Brutto, 2018).

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

La culpa y el dolo.

Respecto a la culpa, se puede establecer en sus diversas formas en que se manifiesta, como lo son: la negligencia, la imprudencia o la impericia (Herrera, 2019). Ahora bien, en la ley ecuatoriana, la responsabilidad civil, procede cuando la actuación es dolosa o culpable; dicho lo anterior, respecto al tema objeto de estudio, en responsabilidad civil por mala praxis médica, se tiene que demostrar que la actuación del médico fue dolosa o culposa; respecto al dolo, se tiene que es aquella intención de dañar, en otras palabras, cuando la actuación va encaminada a producir un daño (del Brutto, 2018). En este sentido, la legislación ecuatoriana, señala que se debe demostrar si la persona actuó con dolo, ahora bien, aterrizándolo al tema objeto de estudio se tiene que, en el ámbito médico lo que se debe hacer es acreditar que el profesional quería generar un daño, sin embargo, demostrar el dolo en dicha área es muy difícil, tanto así que, “no se conocen casos en que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador haya establecido la responsabilidad civil de un médico por dolo.” (del Brutto, 2018, p. 80).

Nexo de causalidad

Se tiene que el nexo de causalidad es entendido como aquel vínculo que hay entre el hecho generador del daño y la lesión que fue debidamente probado (Patiño, 2008). En este sentido, se necesita que haya una relación causal entre la actuación bien sea dolosa o culposa y la correspondiente lesión; en otras palabras, el nexo causal se configura cuando el daño generado es una consecuencia del dolo o la culpa (del Brutto, 2018).

Los actos en salud como fuente de responsabilidad civil

Para el Profesor Andrés Esteban Jaimés, los actos de salud son aquellas actuaciones desplegadas entre la relación médico-paciente o usuario–sistema de tales servicios, cuya finalidad es proteger los derechos a la salud, a la vida, a la vida en condiciones dignas, libertades y demás derechos; materializado a través de las consultas, exámenes, tratamientos, intervenciones quirúrgicas y el deber de seguridad que tienen los profesionales de la medicina, los cuales despliegan actos médicos, de igual

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimes; Jaime Arturo Moreno-Martínez

forma, el personal auxiliar paramédico, los cuales despliegan actos paramédicos, el personal operativo quienes no necesariamente tienen conocimientos en materia de salud, quienes despliegan actos extra médicos y todo el personal que desarrolla las gestiones administrativas y los trámites que ellos requieren (Jaimes, 2021).

Actos médicos.

El acto médico es conceptualizado de manera general como aquella prestación de medios y no de resultados, la cual se encuentra encaminada a que el deudor cumpla con una respectiva tarea, conducta o servicio absteniéndose de garantizar un resultado positivo; así pues, en la obligación de medio, el deudor lleva a cabo todas las acciones de manera correcta para la realización de la respectiva actividad, un ejemplo de ello es el ámbito de la salud, puesto que los profesionales de esta área se encuentran obligados a cuidar a la persona, sin embargo, no les asiste la obligación de curarlo (Rojas & Hernández, 2017).

Actos paramédicos

Los actos paramédicos como fuente de responsabilidad se pueden definir como las actuaciones que se llevan a cabo a la hora de prestar un servicio de salud, entendiendo que dicha prestación es realizada por el personal paramédico de la entidad; ahora bien, cuando se genera un daño, éste se presenta debido al incumplimiento que tiene el personal paramédico frente a la *lex artis ad hoc* o bien sea porque acaeció un evento adverso originado de la falta de atención respecto a los deberes de seguridad, vigilancia y cuidado (Jaimes, 2021).

Actos extramédicos

Los actos extramédicos, son todas aquellas actuaciones que son llevadas a cabo por el personal que se encuentra vinculado a la entidad prestadora del servicio de salud, los cuales no poseen funciones directas, ni tampoco es indispensable que ellos tengan conocimientos a nivel profesional acerca de los temas relacionados con la salud; de igual manera el personal paramédico tiene dentro de sus funciones la colaboración

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

logística en cuanto a la obligación de cumplir con la seguridad, cuidado y vigilancia y protección, lo anterior, con el propósito de garantizarle a los pacientes su bienestar, y así mismo, evitar que se generen eventos adversos que originen daños resarcibles (Jaimés, 2021).

Algunas experiencias internacionales

Colombia

En Colombia la responsabilidad por actos de salud tiene una tendencia a los medios, lo que quiere decir que en el ámbito de la medicina, el médico está obligado a lograr completamente la salud de la persona, lo que si debe hacer es apoyarlo para que tenga una mejoría en su estado de salud; ahora bien, existen unas excepciones como en el caso de las cirugías en el ámbito estético, las cuales son de resultado debido a las expectativas que tiene la persona a la hora de realizarse el procedimiento (Ruiz, 2004).

México

En México la responsabilidad civil, se encuentra encaminada a reparar los daños causados a una persona, lo anterior, debido a la reforma del año 2011, que es su artículo primero de la Constitución Federal, establece una serie de obligaciones a todas las autoridades correspondientes para que los derechos humanos sean promovidos, respetados y garantizados, así mismo, indica que se debe otorgar la protección más grande o la interpretación más positiva para la persona; y es debido a lo anterior, que en México se encuentra bien fundamentado el derecho a la reparación integral (Pérez, 2020).

España

En España, aquella persona que padece una lesión como consecuencia de una actuación médica, tiene derecho a que sea reparada, siempre y cuando el perjuicio sea atribuible a un sujeto; así mismo, las reclamaciones judiciales respecto al dicho

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

tema pueden interponerse según cada caso en la jurisdicción penal, contencioso administrativo o civil (Jerez y Pérez, 2005).

La Asunción del Riesgo en la Responsabilidad Civil.

El principio bioético de la autonomía como límite al acto médico

Es indispensable mencionar en primera medida que, los principios bioéticos tienen como propósito que las actuaciones sean realizadas con la mayor integridad moral que se pueda tener, entre los principios bioéticos fundamentales en temas médicos son: el principio de beneficencia, autonomía y el principio de la no maleficencia. Así mismo, el principio de autonomía se puede definir como aquel respeto que se tiene por las personas, en el cual se incorpora dos convicciones éticas: la primera se encuentra encaminada al derecho que tienen las personas a ejercer su autonomía; y la segunda convicción ética es el hecho de que aquellas personas que no cuentan con todas sus capacidades sean objeto de protección (Hooft & Picardi, 2006).

La práctica legítima del consentimiento y su relación con la asunción del riesgo

El consentimiento es definido como la explicación que se le da a un paciente que se encuentra atento y mentalmente capaz acerca la condición en la que se encuentra su enfermedad, de igual manera, de los efectos y riesgos de los procedimientos, diagnósticos y posibles terapias, con la finalidad de que el paciente pueda dar su aprobación para ser sometido a dichos tratamientos; ahora bien, el consentimiento informado es un proceso interactivo, el cual consiste en que el paciente accede de manera voluntaria a la realización los tratamientos médicos, luego de conocer los riesgos a los cuales se va a someter (Cañete, et al. 2012).

En este sentido, entra la asunción del riesgo, puesto que, es entendida como aquella exposición que realiza de manera voluntaria una persona acerca de unos riesgos precisos los cuales son creados por otro, así mismo, dichos riesgos ponen en grave peligro su salud, entre otras cosas (Betancourt, 2014).

Ahora bien, se dice que la asunción del riesgo es un eximente de responsabilidad, el consiste en restarle el carácter de antijuricidad a los daños que un servidor público

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

padezca debido a la prestación del servicio, cuando estos daños sean consecuencia de un riesgo normal de la actividad que desempeña, así mismo, el riesgo debe ser conocido y aceptado libremente de manera previa al daño ocasionado, generando como consecuencia que no pueda obtener una reparación en un juicio de responsabilidad (Jaimés, 2019).

Elementos estructurales de la asunción del riesgo y sus consecuencias jurídicas.

En diferentes posturas, se han establecido tanto los elementos estructurales de la asunción del riesgo como sus consecuencias jurídicas; De tal suerte, se tienen como elementos estructurales de la asunción del riesgo: (i) La existencia cierta del riesgo (ii) *Cognitionis periculum ex ante damnum* -conocimiento del riesgo de forma previa a la ocurrencia del daño-, (iii) Aceptación libre y voluntariamente del riesgo (iv) La normalidad del riesgo asumido (v) el daño padecido deber ser una consecuencia directa del riesgo que fue asumido, y (vi) No puede mediar una falla en el servicio o culpa (Jaimés, 2019).

CONCLUSIONES

Con respecto a los elementos estructurales de la asunción del riesgo y las posibles consecuencias es importante señalar que dicho apartado del presente artículo de investigación dejó como aprendizaje que, lo primero que debe existir es un riesgo como tal, esto es cualquier situación que se presente en la cual se pueda afectar de algún modo una persona o grupo de personas, existiendo la posibilidad de generar un daño, como es en el caso objeto bajo estudio de los procedimientos de septoplastia.

Así mismo, otra de los elementos de la asunción del riesgo es precisamente conocer de forma previa el riesgo que se puede ocasionar por la ocurrencia de tal daño, es por ello la importancia de informar al usuario de todos los riesgos que pueden acontecer en dicho procedimiento, para que posteriormente se de aplicación al siguiente elemento que corresponde a la aceptación de manera previa y voluntaria de aquellos riesgos que se puede presentar; es por ello que, después de realizar un análisis a la

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

normalidad del riesgo y una vez ocurrido, se pueda considerar como un riesgo que ya la persona asumió.

Dicho lo anterior, es importante señalar que la asunción del riesgo tiene unas consecuencias y esto es, si el daño que se ocasionó debe ser soportado por la persona o no; y otra de las consecuencias es que no se repare a la persona, esto es, si dentro del procedimiento de septoplastia el paciente asumió el correspondiente riesgo, a la hora de presentarse el daño se exige el profesional médico de reparar tal lesión.

FINANCIAMIENTO

No monetario

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Cuenca; por apoyar el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Amaral Neto, O., Mizoguchi, F. M., Freitas, R., Maniglia, J. J., Maniglia, F. F., & Maniglia, R. F. (2017). *A Comparative Study between Universal Eclectic Septoplasty Technique and Cottle*. *International archives of otorhinolaryngology*, 21(3), 281–285. <https://doi.org/10.1055/s-0037-1599275>
- Arias, F. (1999). *El proyecto de Investigación, Guía para su elaboración [The Research Project, Guide for its elaboration]*. (3RA edición). Obtenido de <https://es.slideshare.net/conyas16/arias-1999>
- Betancourt, D. (2014). La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo [The assumption of risk by the creditor: the case of high-risk sporting activities]. *Revista de Derecho Privado E-ISSN: 1909-7794*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033223013.pdf>
- Cañete, R., Guilhem, D. & Brito, K (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales [Informed consent: some current considerations]. *Acta Bioethica* 2012; 18 (1): 121-127.

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimes; Jaime Arturo Moreno-Martínez

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-jul-2011. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

del Brutto, O. (2018). Requisitos Para que Proceda la Responsabilidad Civil por Mala Práctica Médica [Requirements for Civil Liability for Medical Malpractice]. *Rev. Ecuat. Neurol. Vol. 27, No 2, 2018.*

Herrera, M. (2019). *Seguro de responsabilidad civil para clínicas y hospitales en Colombia [Liability insurance for clinics and hospitals in Colombia]*. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/41764/>

Hooft, P. F., & Picardi, G. J. (2006). Bioética y derecho. El consentimiento informado en la Jurisprudencia Argentina [Bioethics and Law. Informed consent in Argentine Jurisprudence]. *Revista Latinoamericana de Bioética*, (10), 1-58. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127020920001>

Jaimes, A. (2018). Responsabilidad Estatal por el servicio de salud en Colombia: Una nueva dimensión en el derecho de daños [State liability for health services in Colombia: A new dimension in tort law]. Obtenido de <http://jaimesabogados.co/el-aprendiz/>

Jaimes, A. (2019). Derecho de daños: Responsabilidad extracontractual del Estado [Law of torts: Tort liability of the State]. Autor-Editor: Andrés Esteban Jaimes ISBN:978-958-48-5239-7

Jaimes, A. E (2021). Tratado de responsabilidad estatal por actos de salud [Treaty of state liability for health acts]. Andrés Esteban Jaimes ISBN:978-958-49-2053-9

Jerez, C., & Pérez, M. J. (2005). La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español [Medical-health civil liability in the Spanish legal system]. *Revista de Derecho (Valparaiso)*, 2(XXVI), 221-250. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620162008>

Patiño, H (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano [Tort liability and grounds for exoneration. Approach to the jurisprudence of the Colombian Council of State]. *Revista de derecho privado No. 14. Obtenido de* <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555>

Pérez, G. (2020). Responsabilidad civil médica y la aplicación de los daños punitivos en México [Medical liability and the application of punitive damages in Mexico]. *Revista IUS*, 14(46), 143-162.

Andrea Susana Astudillo-Carrera; Andrés Esteban Jaimés; Jaime Arturo Moreno-Martínez

Restrepo, M (2006). Sobre el fundamento de la responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas, una mirada a partir de la teoría del riesgo [On the basis of civil liability for the exercise of dangerous activities, a view from the theory of risk]. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/449>

Rojas, C. P & Hernández, J. P (2017). Responsabilidad civil del perito médico [Liability of the medical expert]. <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/3560>

Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, 4, 195-216. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/52201831.pdf>

©2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).