

## | ARTÍCULO

**Cíborgs: res ipsa loquitur\*****Cyborgs: res ipsa loquitur**

Marc-Abraham Puig Hernández  
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Área de Filosofía del Derecho.  
Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)  
<https://orcid.org/0000-0002-1960-9903>

Fecha de recepción 24/03/2020 | De aceptación: 13/10/2020 | De publicación: 28/12/2020

**RESUMEN.**

En el presente trabajo analizamos el daño desproporcionado sobre la naturaleza humana causado por el fenómeno cíborg a través de su encaje en la regla *res ipsa loquitur*, o la cosa habla por sí sola. Por un lado, fundamentamos lo que denominamos naturaleza humana haciendo referencia a las iguales capacidades humanas, necesarias en el cumplimiento de funciones vitales. Por otro, esta regla recibe también el nombre de daño desproporcionado y su teoría vincula el resultado causado sobre la cosa con la *lex artis* de una profesión, de ahí que, para su análisis jurídico, hayamos optado por el ámbito sanitario.

**PALABRAS CLAVE.**

naturaleza humana, iguales capacidades humanas, teoría del daño desproporcionado, *res ipsa loquitur*.

**ABSTRACT.**

In the present work we analyse the disproportionate damage caused by the cyborg phenomenon to human nature by attending the *res ipsa loquitur* rule, or the thing speaks for itself. On the one hand, we base what we call human nature by referring to the equal human gifts, necessary to fulfil vital functions. On the other hand, this rule links the result caused on the thing with the *lex artis* of a profession, hence, for its legal analysis, we have chosen the health field.

**KEY WORDS.**

human nature, equal human gifts, disproportionate damage, *res ipsa loquitur*.

---

\* Agradezco a los revisores anónimos sus observaciones, que han contribuido a una mayor claridad y, por tanto, a hacer de este artículo un mejor texto. Asimismo, agradezco a la Biblioteca de la UNAM el haberme facilitado algunas obras para la realización de este trabajo, con digitalización *ex profeso* de las mismas, sin las que no hubiese podido completar el trabajo con el mínimo de rigor exigible a toda investigación. El agradecimiento es profundo y doble, pues en su día la UNAM recibió con los brazos abiertos a Luis RECASÉNS SICHES, en circunstancias harto difíciles, y hoy siguen participando de la difusión de su obra.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cuestiones preliminares. 2.1. Por qué el ámbito biomédico. 2.2. Un daño objetivo y desproporcionado. 3. El daño causado sobre la naturaleza humana. Apuntes para su fundamentación. 3.1. La naturaleza de la cosa en Gustav RADBRUCH. 3.2. La crítica de Ernesto GARZÓN VALDÉS. 3.3. La postura de Luis RECASÉNS SICHES y José ORTEGA Y GASSET. 4. El daño desproporcionado en el ámbito sanitario. 4.1. Doctrina general. 4.2. La adecuación de la naturaleza humana. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

En las próximas líneas se discute la teoría del daño desproporcionado en las investigaciones biomédicas, propia del ámbito sanitario, y acerca del cuerpo humano. Particularmente, los casos en que nuestras capacidades humanas se ven aumentadas sobremanera, más allá de nuestros límites físicos, psíquicos e intelectivos, hasta cumplir funciones de imposible realización para el ser humano. Son los casos que pertenecen a la temática denominada transhumanismo, los comúnmente llamados cibernéticos, que se caracterizan por el empleo e integración de dispositivos tecnológicos con el propósito del perfeccionamiento humano.

Nuestra hipótesis aboga por que integrar dispositivos tecnológicos en el cuerpo humano rompe injustificadamente las iguales capacidades humanas, esto es, hace que nos apartemos de la naturaleza humana, que dejemos de ser humanos. Lo humano no es algo que esté a nuestra disposición, idea que trataré de exponer genéricamente a lo largo del texto. Más bien es la condición, el contexto, el punto de origen, para las posibles acciones que las personas pueden llevar a cabo. Si somos capaces de darnos fines a nosotros mismos es en tanto que humanos y, de ahí, al mismo tiempo, que podamos diferenciarnos de cualesquiera otros seres.

Entonces, existe un uso legítimo de estos dispositivos cuando se integran en nuestro cuerpo: igualar las capacidades humanas si es que el cuerpo no puede llevar a cabo sus funciones vitales. Este hecho lo diferenciamos de un uso ilegítimo, aquel por el que romperíamos nuestra esencia, por el que dejaríamos de ser nosotros mismos, ese ser humano particular, genuino y diferente de cualquier otro<sup>1</sup>. Hecho en el que identificaríamos el daño.

---

<sup>1</sup> En un trabajo anterior he tratado de justificar esta postura a través de la libertad de todos. Para su fundamentación, remito a PUIG HERNÁNDEZ, 2019: 213-237.

En este trabajo pretendemos fundamentar, aunque sea sumariamente, esta hipótesis humanista; la asumiremos como punto de partida para buscar una respuesta del Derecho lo más temprana posible, que sería la de los mecanismos legales que puede emplear o seguir el juez para poder llegar a una solución humanista de este tipo de asuntos. En este caso, la buscaremos a través de la denominada teoría del daño desproporcionado en el ámbito sanitario.

El ámbito bioético de esta materia, la de los dispositivos tecnológicos que se integran en el cuerpo humano, los cibernéticos, o simplemente cualquier caso al que colocamos la etiqueta de transhumanismo, ya ha sido sobradamente discutido por la abundante literatura de este campo. En este trabajo evaluamos el encaje de los conceptos, de las categorías, que caracterizan a la naturaleza humana dentro de los elementos, o los requisitos, en que se ha construido esta teoría de origen judicial. Este análisis, en definitiva, nos ha de permitir afirmar la posibilidad de una respuesta judicial apropiada, esto es, su idoneidad para abordar el caso y, en su defecto, la imposibilidad nos obligaría a señalar otra alternativa.

En síntesis, como nuestro estudio trata de evaluar la posible respuesta judicial, a través de la anunciada teoría, al resultado que rompa con las iguales capacidades humanas, en caso de encontrar elementos suficientes para dar solución a este fenómeno destacaríamos la unidad de una doctrina que no encuentra impedimentos para aplicarse en casos concretos y de complejo talante. Si, por el contrario, nuestro análisis no llegara a buen puerto, no podremos obviar aquellos mecanismos que operan con solvencia y que pueden ser rescatados al configurar otro tipo de respuesta jurídica.

Disponemos ya de suficientes elementos para referirnos a la estructura del trabajo. Éste se divide en dos partes esenciales acompañadas por una introducción preliminar. De las dos principales, la primera esboza el concepto de naturaleza humana, haciendo un breve recorrido por la literatura iusfilosófica, y del que observaremos otro concepto esencial, el de iguales capacidades humanas, según las funciones que llevan a cabo las distintas partes de nuestro cuerpo. La segunda de estas partes analiza la respuesta judicial al perjuicio sobre la naturaleza humana mediante la teoría del daño desproporcionado en el campo biomédico, que se sigue de la regla «*res ipsa loquitur*».

## 2. Cuestiones preliminares

### 2.1. Por qué el ámbito biomédico

Por cíborgs entendemos un organismo híbrido formado, compuesto, por partes orgánicas y partes cibernéticas, o tecnológicas<sup>2</sup>. De ahí que un concepto abierto, o literal, de cíborg incluya cualquier posible combinación entre parte orgánica y parte cibernética, con independencia del porcentaje mínimo para cada una. Por ejemplo, integrar en el cuerpo humano algún dispositivo tecnológico que cumpla una función vital, como un marcapasos o una prótesis de rodilla. Estos casos ejemplificarían el uso común, habitual, de los dispositivos tecnológicos, motivo por el cual estas personas han recibido la denominación de «everyday cyborgs»<sup>3</sup>.

Nótese que en estos casos hay un elemento esencial que sobrevuela, que está latente en ese concepto de los cíborgs del día a día. Con el marcapasos, el estent, la prótesis o cualquier otro tipo similar necesariamente se produce la integración en el cuerpo, la combinación híbrida entre lo orgánico y lo tecnológico, porque interviene un facultativo. Los cíborgs del día a día son casos que resultan del ámbito sanitario. Esta característica es la que centrará nuestra atención en adelante, pero advirtamos prontamente que no es la única posible combinación. Otro tipo de integraciones de dispositivos tecnológicos en el cuerpo humano serían las que se llevan a cabo por terceros que no sean facultativos médicos, otros actores o personajes, pero también simplemente por el propio interesado. Este último fenómeno es el denominado «biohacking»<sup>4</sup>.

Esta distinción tiene evidentes implicaciones jurídicas, especialmente en lo tocante a la responsabilidad. El régimen de responsabilidad extracontractual en el caso que ahora discutimos, el del ámbito sanitario, nos emplaza a una evaluación, un chequeo, una verificación, del modo de llevarse a cabo la *lex artis* médica. En otros términos, ello nos da lugar a hablar sobre el daño desproporcionado como resultado de una intervención.

---

<sup>2</sup> Esta sería la definición más genérica y pacífica de cíborgs. Una especie de cajón de sastre, un esquema conceptual, en el que podríamos incluir la mayoría de los casos que ejemplifican este fenómeno. Autores como Rafael DE ASÍS (2019: 2-6) han hecho referencia a la amplitud de este concepto a través de infinidad de casos. Sin embargo, entiende que el fenómeno es lo suficientemente relevante para llamar la atención del Derecho.

<sup>3</sup> Es un concepto suficientemente genérico tal que engloba tanto bienes integrados en las personas como partes orgánicas integradas en bienes. *Vid.* QUIGLEY y AYIHONGBE, 2018: 276-278.

<sup>4</sup> CIQUE MOYA, 2017: 775-777.

Ahora bien, no sólo vamos a quedarnos en este derredor, sino que seremos más exigentes al orientar nuestra pesquisa. Al menos, porque la evaluación de la práctica médica excede nuestra pericia, al requerir un conocimiento técnico del que no disponemos y, consecuentemente, porque consiste en una hazaña que debe explicarse por los expertos de su ámbito. Haremos girar nuestra hipótesis en torno a evaluar el encaje de un peligro, de un daño implícito en el concepto de cibernético, que no es otro que el hecho de dejar de ser humanos. Esto es, al corregir las funciones corporales las capacidades de una persona pueden ampliarse, hasta superar el límite de lo humanamente posible. En estos casos el daño repercute sobre lo humano, al dar lugar a unos seres con mayores capacidades que el resto. Este daño consiste en abrir una brecha entre humanos mejorados, perfeccionados, sobrehumanos en comparación a lo que es propio a la naturaleza del ser, y los no mejorados.

No ponemos en cuestión aquellos casos de perfeccionamiento humano que quedan dentro de los límites de las posibilidades humanas. Para un análisis de las cuestiones éticas que levanta esta mejora, remito a las ya clásicas obras de HABERMAS y SANDEL. Contrariamente, discutimos desde el ámbito jurídico qué tipos de respuestas caben al hecho de superar los límites humanos a través del fenómeno cibernético. Al ser una materia relativamente novedosa y especulativa, era necesario recurrir a un parámetro, tener claro a qué acogernos para orientarnos, en este caso la intervención facultativa, para delimitar, aunque parcialmente, la respuesta del Derecho. Con la teoría del daño desproporcionado nos centramos en los elementos disponibles en el foro judicial.

## 2.2. Un daño objetivo y desproporcionado

El aforismo *res ipsa loquitur* nos dice que la cosa habla por sí sola. Que la cosa, el resultado de algún proceso, el producto, no tiene explicación en concordancia con el resultado esperado de la práctica<sup>5</sup>.

Explica Mónica NAVARRO MICHEL (2003: 1202-1207) que habitualmente este daño se produce por la negligencia de alguien, en nuestro caso, del médico, que además tiene un control completo del medio material, instrumental, y personal, sobre el paciente al que causa el daño. De ningún modo quien recibe el daño puede haber contribuido a causarlo.

---

<sup>5</sup> LLAMAS POMBO (2000: 299-301), CARAZA CRISTÍN (2016: 268-270), SANTOS MORÓN (2017: 138-142) y PACHECO JIMÉNEZ (2019: 53-68).

Pongamos que el resultado sería evidente, tras una intervención biomédica, si, por ejemplo, no se corresponde el brazo que pretendía reemplazarse con la pierna que le han puesto al paciente. Sin embargo, los casos que muestra la práctica no son clamorosos en este sentido exagerado. En estos otros casos más difíciles, una intervención simple se complica y lo que comenzó siendo una operación, por ejemplo, de apendicitis, acabó con un paciente sin riñón. Es en este sentido que se hace más evidente la expresión «la cosa habla por sí sola» o que el resultado sea manifiestamente contrario, o que afrenta de alguna manera, a lo esperado.

Podría vincularse este aforismo, sencillamente, al sentido común, pero lo que hacemos es razonar en un ámbito más regulado, detallado y previsible como el sanitario. Cuando vinculamos, o trasladamos, el sentido de esta expresión a ese ámbito, que la cosa hable por sí misma como resultado imprevisible, no esperado, nos empuja a señalar la *lex artis* o el método científico, profesional, del gremio médico, seguido a cabo. Se nos plantea el motivo surgido durante el proceso biomédico, en que un facultativo, amparado por la tradición científica, genera unas expectativas de resultado que terminan por desvanecerse. Lo que intenta determinar esta teoría es, en realidad, el daño objetivo causado por la intervención, el perjuicio creado al paciente y que no les atribuible a él mismo<sup>6</sup>. Al contrastar este daño objetivo se señala al mismo tiempo la responsabilidad objetiva, lo que en Derecho Penal recibe el calificativo de imputación objetiva. Alguien tiene que responder del perjuicio, del daño causado. Habitualmente, en estos casos responde solidariamente la Administración Sanitaria.

La idea que interesa destacar y tener en mente en este momento es que la teoría del daño desproporcionado descansa sobre un hecho objetivo: el daño causado, observable, en nuestro caso, en el resultado de la intervención sobre el cuerpo humano. Lo que se manifiesta independientemente del elemento subjetivo, del papel desempeñado por el médico. Prioricemos, así, la cosa sobre el sujeto que da lugar a la misma.

---

<sup>6</sup> LARENA BELDARRAÍN, 2012: 305-308.

### 3. El daño causado sobre la naturaleza humana. Apuntes para su fundamentación

Por lo pronto, hemos dejado constancia de que se dañan las cosas. Y ahí es donde encajamos la naturaleza humana. A continuación, vamos a intentar justificar brevemente este paso, el de nuestra naturaleza a la cosa o, más bien al contrario, de la naturaleza de las cosas a la naturaleza humana.

Al desarrollar judicialmente una teoría que pivota sobre el daño causado en una cosa, nos adentramos genuinamente en el terreno de la naturaleza de la cosa. Y es que las cosas pueden por sí mismas establecer una condición, positiva o negativa, para la actividad humana.

En sí mismo, el océano no nos compele a integrarlo como considerando en nuestro quehacer diario. Ahora bien, tan pronto nos planteamos investigar su fondo biológico, la naturaleza fáctica, física, del mismo, advertimos su estado líquido o la presión en baja profundidad. Todo ello irrumpe irremediabilmente en nuestra actividad.

Si a efectos de esa investigación biológica secáramos el mar o detonáramos con misiles el fondo marino para que algunas muestras de estudio de lo que ahí hay salieran a flote, causaríamos un daño objetivo con nuestra actividad. Lo importante, como habíamos dejado señalado, es que perjudicaríamos con independencia de nuestra voluntad o negligencia, sin que medie nuestra dimensión subjetiva. Del mismo modo sucede con la naturaleza humana tras aumentar las capacidades hasta superar los límites inalcanzables para cualquier persona, sea con memoria sobrehumana sea con la fuerza y la potencia de un camión en las piernas, sea conectando nuestro cerebro a internet. Sería un resultado desproporcionado respecto a lo que es esperable de las capacidades humanas.

Por lo pronto, el daño objetivo y desproporcionado nos ha situado frente a la naturaleza de las cosas y en ella intentaremos hallar el nexo con la naturaleza humana, hacernos sabedores de qué lugar ocupa lo humano entre las cosas. El juez civil, cuando haga frente a un caso de transhumanismo, se encontrará con que inexorablemente tiene que resolver esta cuestión.

A continuación, expondremos tres concepciones clásicas sobre la naturaleza de la cosa y las someteremos a crítica, a una revisión. Gracias a este camino que emprendemos probaremos de dar muestra de la magnitud, del daño que supone romper con las iguales capacidades humanas o, propiamente, con nuestra naturaleza.

### 3.1. La naturaleza de la cosa en Gustav RADBRUCH

Entre los últimos escritos del egregio iusfilósofo de Lübeck encontramos *La “naturaleza de la cosa” como forma de pensamiento jurídico*<sup>7</sup>. Ahí explica que la llamada naturaleza de la cosa se refiere a unos datos de la realidad que ni el legislador ni el juez pueden obviar<sup>8</sup>. En su labor jurídica, ambos deben acatar los datos objetivos con los que se encuentra.

También introduce la idea que esos datos son cambiantes. Difieren en los lugares, cambian en las distintas épocas. Razón por la que juez y legislador varían en atribuir consecuencias jurídicas a lo que aparentemente se nos presenta como la forma de los mismos datos. Lo que RADBRUCH nos sugiere con ello es que la naturaleza de la cosa no es una entidad ideal abstracta desde la que proyectamos ulteriormente la realidad. Al contrario, la naturaleza de las cosas nos lanza al escenario de la realidad, a observar cuáles son los elementos, las características, las propiedades, que configuran y dotan de sentido a la cosa. La realidad muestra unos datos concretos, nada más lejos de un modelo ideal abstracto, nada más lejos del imperativo propio al idealismo de la modernidad.

A este estado de cosas, a los datos concretos de la realidad, es a lo que, además de naturaleza de la cosa, denomina «situación objetiva»<sup>9</sup>. Hasta aquí, lo que el autor ofrece viene a coincidir con la idea básica acerca del daño desproporcionado. Hay un daño concreto que ha alterado la cosa, por ejemplo, el cuerpo humano tras lo que debía ser una simple intervención quirúrgica, una operación de un absceso en el lóbulo de una oreja cuyo resultado es el rostro del paciente desfigurado. Ciertamente, no sabemos cuál es ese daño objetivo y desproporcionado hasta que no se presenta el caso concreto o, como apuntó RADBRUCH, la situación objetiva, en que observamos la alteración en la naturaleza de la cosa. Se hace

---

<sup>7</sup> Suele citarse como fuente original el artículo “Die Natur der Sache als juristische Denkform”, de 1948, y que se incluye en *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe. Band 3: Rechtsphilosophie III*, de 1990, en Müller Juristischer Verlag. Por ejemplo, la conocida traducción de un buen número de artículos de ese libro en la editorial TEMIS llevada a cabo por Luis VILLAR BORDA, que es la que uso para este trabajo. Lo cierto es que el original procede del artículo “La natura della cosa come forma giuridica de pensiero”, de la *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, vol. XXI, que Radbruch había publicado en 1941. Posteriormente lo publicaría en alemán. Por lo que sigue en adelante, remito a RADBRUCH, 1990: 53-70.

<sup>8</sup> Esta línea de pensamiento se situaría en lo que impropriadamente se ha denominado «el segundo RADBRUCH», o el giro iusnaturalista del autor. Según esta concepción, el autor hubiera tenido una primera etapa positivista y una segunda iusnaturalista tras el auge del nacionalsocialismo y los hechos de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, como ha demostrado Ricardo GARCÍA MANRIQUE (2004: 266-274) a propósito de la seguridad jurídica, no hay lugar para tal consideración, sino que la obra del autor tiene una pronunciada continuidad y no escaseó en reflexión iusnaturalista en sus primeros compases.

<sup>9</sup> En un sentido similar, Karl N. LLEWELLYN (2008: 54-55), dentro de la tradición jurídica del Common Law, expuso que la realidad de las cosas presentes tiene un sentido particular que se proyecta hacia el futuro. Hay un vínculo entre la realidad de las cosas y las situaciones sociales que, primaria o postreramente, el Derecho no obvia.

evidente que ésta varía en el espacio, el lugar y en el tiempo, a lo que podemos añadir en nuestro caso, en cada persona.

Si hasta aquí la postura del autor nos resulta satisfactoria es porque su explicación es lo suficientemente genérica como para señalar que la actividad de los operadores jurídicos se ve condicionada por el estado de las cosas<sup>10</sup>, por las actividades humanas, por las situaciones por las que pasa la sociedad, o por los elementos que determinan un fenómeno o una cosa particular. Las dificultades aparecen cuando del ser de las cosas el Derecho tiene, de alguna manera, que descifrar o derivar un deber ser. Y se nos complica aún más cuando nos referimos a la naturaleza humana. Esta es la principal crítica, o mejor dicho revisión, que puede lanzarse a este concepto de naturaleza de la cosa y que podemos exponer de la mano de Ernesto GARZÓN VALDÉS.

### *3.2. La crítica de Ernesto GARZÓN VALDÉS*

La primera impresión de GARZÓN VALDÉS sobre la naturaleza de la cosa fue que ésta adquiere relevancia en dos sentidos. Los trabajos posteriores del autor desarrollarían esta idea. Un sentido es el de fundamentación. El concepto nos sería de útil para explicar cómo se originan determinadas normas e instituciones jurídicas. El otro sentido es el de límite negativo a la génesis del Derecho<sup>11</sup>.

El autor analiza la tensión entre el ser y el deber ser jurídico. Explica que si las cosas, los hechos, las situaciones, en definitiva, lo fáctico, si ello tiene carácter normativo es debido a las costumbres de una sociedad. Ahora bien, nótese que no existe, no se atisba, ahí, ningún nexo lógico, siquiera implícito, entre la naturaleza de las cosas y su propio carácter normativo. Para el autor se produce una valoración, por parte del hombre, acerca de un deber ser impuesto por la realidad social. Claro es, una valoración ajena a la realidad empírica.

Demos cuenta que este razonamiento ciertamente nos permitiría explicar el primer sentido que hemos apreciado en su obra, el de fundamentación de determinadas normas e instituciones jurídicas. La

---

<sup>10</sup> De manera similar, en la obra de Luis LEGAZ y LACAMBRA (1979: 209 y ss., 305 y ss.), aunque este autor partiera de una tesis iusnaturalista más compleja en la que no podemos ahora detenernos, llegaríamos a inferir el leitmotiv que la naturaleza de la cosa pone al jurista frente a unas “objetividades” con las que deben lidiar irremediabilmente en el desempeño de su función.

<sup>11</sup> Me refiero a su pensamiento como una crítica porque sucede a un estudio preliminar de la naturaleza de la cosa en autores precedentes y contemporáneos. Sin embargo, acepto perfectamente que puede ser más apropiado emplear otro término. Tal vez lo idóneo sería hablar en un primer momento de la asunción del pensamiento coetáneo y posteriormente de la depuración, o delimitación conceptual, del mismo. En cualquier caso, *cf.* GARZÓN VALDÉS, 1963.

valoración que hace el jurista de las cosas termina por cristalizar en una serie de preceptos y categorías jurídicas<sup>12</sup>. Ahora bien, el mismo razonamiento nos deja intacto el segundo sentido, no termina de despejar el bosquejo de dudas acerca de una valoración humana de la cosa y que la propia cosa se atrinchere frente al paso del Derecho, provocándole tomar un sendero que no suponga su atropello.

Cuando GARZÓN VALDÉS habla del límite negativo, entendemos que el dato fáctico posee suficiente envergadura para impedirle el paso incondicionado al juez o al legislador, esto es, a la acción sujeta únicamente a su propia potestad. De significar un límite, sería porque la cosa despliega mayor relevancia que el simple vistazo sobre ella. Pero no descartemos aún la aportación crítica de este autor. En una obra posterior, ya como profesor de la Universidad de Buenos Aires, GARZÓN VALDÉS (1970: 68 y ss.) se preguntó sobre la naturaleza de la cosa como fuente del Derecho, su sentido en la ciencia jurídica y la importancia de esta doctrina en su tiempo.

Lo primero que da cuenta es que por naturaleza de la cosa se entiende que hay una serie de características, unas propiedades, que definen a las cosas. Y a continuación señala el error de derivar juicios éticos de lo que las cosas son porque no es sino el hombre quien le atribuye esas cualidades a la cosa. Lo que hace es reformular su antigua tesis: es el jurista quien valora las cosas. No existe el paso de una realidad objetiva a la normatividad, del ser al deber ser, sino de un acto normativo propio del jurista a una normatividad propiamente jurídica. De esta manera, las normas y las instituciones jurídicas tienen sentido dentro de un sistema jurídico particular, no porque haya una naturaleza tal que se descubra en la realidad o que se deje entrever trasluz de ellas.

Cuando lo trasladamos al ámbito judicial, en cuanto a la interpretación del Derecho, la naturaleza de las cosas abre la discusión sobre el papel del juez como creador de Derecho. Para el autor, la naturaleza de las cosas no supone la adecuación de los casos genéricos a los casos particulares, sino que en la premisa de la *ratio decidendi* se introduce un enunciado de deber ser; se produce un razonamiento entimemático por el cual en la premisa se inserta el sentido o el valor que quiere extraerse de las cosas.

---

<sup>12</sup> Karl LARENZ (1980: 59 y 150-151) tampoco cree que la naturaleza de la cosa tenga por sí misma un carácter normativo; no cree que del ser de la cosa derive un deber ser. En su crítica a KAUFMANN, más bien lo reduce a los datos fácticos imprescindibles para toda regulación, a condiciones, a influencias, a elementos básicos, pero sin llegar a ser fuente normativa alguna. En otras palabras, el Derecho ordena la conducta humana teniendo en cuenta determinados datos fácticos; lo que no hace es derivar un carácter deóntico de las mismas cosas.

Por así decir, el juez es quien incluye normas de deber ser al ser de las cosas. Sin embargo, en mi opinión, es necesario reparar en que este razonamiento demuestra demasiado, pues el juez no transita por el mundo inventándose o atribuyéndole cualquier valor subjetivo a las cosas; no asigna cualquier sentido que estime oportuno o decide los casos según su voluntad, sino que motiva según su criterio jurídico. Si así aconteciera, no podríamos hablar de daño objetivo, sino subjetivo, el que estime el juez. De hecho, esta visión, tomada literalmente, contradice radicalmente la regla *res ipsa loquitur*, al menos en el ámbito sanitario que ahora discutiremos. Es posible que nos refiramos a un daño objetivo no porque el juez anuncia un deber sobre el ser de la situación que debe resolver, sino porque de acuerdo con la *lex artis* del ámbito el resultado del estado de las cosas es un daño desproporcionado. Y es desproporcionado respecto a la cosa misma: el resultado de la práctica es un estado de las cosas objetivo e independiente de la estimación particular del juez.

La expresión “la cosa habla por sí sola” encaja perfectamente con el límite negativo que había anunciado nuestro autor. Pero realizar este encaje no nos obliga a ir hasta la voluntad del juez; no tendríamos que salir de la propia cosa para afirmar que con el daño desproporcionado se ha superado una frontera. Y en estos términos, si es que el juez crea Derecho es en tanto que adaptar la regla jurídica *res ipsa loquitur* al caso particular que se le presenta.

En definitiva, la teoría crítica de GARZÓN VALDÉS puede explicar con solvencia la génesis de determinadas categorías jurídicas, pero una vez repensada no parece coherente sostener que el daño desproporcionado, objetivo, se resuelva en los tribunales a través de la subjetividad del juez, de la preponderancia de su voluntad en la estimación de la cosa. Nuestro autor afina al señalar que los propósitos, que los fines humanos, se fundamentan en juicios de valor, como al ordenar la conducta humana a través del Derecho, proyectándose sobre un estado determinado de cosas. Ahora bien, con ello hemos reducido nuestra cuestión a la mitad, pues obviamos la relevancia fáctica de las cosas, de cómo condicionan, configuran y median en el alcance de tales propósitos. Digamos que, al iniciar su crítica, GARZÓN VALDÉS anuncia esta otra mitad en la forma de límite negativo, pero finalmente lo reconduce a la liga de los juicios de valor<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> GARZÓN VALDÉS interpreta que la doctrina de la naturaleza de la cosa, en el momento en que escribió ese artículo, se enmarca en el discurso de los preceptos de valor y jurídicos y, en consecuencia, tiene un marcado carácter emotivo. Éstas irían dirigidas a causar un estado de sugestión en el receptor a tenor de la valoración. La tesis coincide en parte con la teoría del lenguaje de Alfred J. AYER (1985: 131-137), en que los juicios de valor son afirmaciones emotivas que expresan por un lado sentimiento y, por otro, mandatos. De ahí que, según AYER, no discutamos sobre cuestiones de valor, donde no llegaríamos a ningún acuerdo dado el marcado carácter subjetivo, sino sobre

No obstante, con ello nuestra pesquisa ha dado un gran avance y hemos dado muestra de la importancia de las finalidades humanas y el papel esencial de los juicios de valor que, en nuestro tema, deben orbitar alrededor de un criterio jurídico y no así en la voluntad, que supondría abrir las puertas al campo del relativismo moral. Centrémonos en ello y prosigamos con aquella postura que tome conciencia plena de lo que ya intuimos.

### *3.3. La postura de Luis RECASÉNS SICHES y José ORTEGA Y GASSET*

La teoría sobre la naturaleza de la cosa en la obra de Luis RECASÉNS SICHES da comienzo precisamente en la conexión entre los dos elementos que habíamos dejado señalados, entre los propósitos humanos fundamentados en juicios de valor y la relevancia de las cosas. El elemento esencial es la coexistencia. Nuestro autor lo expresa así (1971: 312):

Lo que proporciona una pauta normativa, un criterio de deber ser, no es la simple naturaleza fáctica de una realidad o de unos hechos, antes bien, es el resultado del entretejido entre unos esquemas estimativo-finalistas, por una parte, y, por otra parte, la efectividad de los hechos y las cosas, mediante cuyo manejo, aquellos propósitos podrán ser convertidos en realidad, en una realidad que cumpla dos requisitos: su acuerdo con los valores y fines elegidos; y que sea efectiva y no un mero sueño, o un fracaso de los deseos concedidos.

Lo normativo, el deber ser, el criterio jurídico, yace en la conexión entre lo humano y la cosa. Hay un nexo entre los fines perseguidos, sean éstos jurídicos o de cualquier otra índole, con el papel que desempeñan las cosas, los hechos, el mundo, en su persecución; de lo subjetivo con lo objetivo; de lo que somos libres de perseguir con lo que nos es irremediamente dado; libertad y fatalidad. Acto seguido, RECASÉNS anuncia que esas observaciones

---

cuestiones de hecho. Esta escisión llega al extremo de considerar que los juicios de valor pertenecerían, solamente serían propios, al conocimiento psicológico y sociológico. Sin embargo, si empleamos los términos acuñados por Jürgen HABERMAS (1999: 122-125), podemos afirmar que en todo este bosquejo hay diferentes tipos de acciones. Por un lado, se afirmaba que los propósitos humanos se fundamentan en juicios de valor para terminar causando un estado emocional en los sujetos. Ahí se observan dos tipos de acciones, una teleológica y otra dramática. Y, por otro lado, que los juicios de valor expresan sentimientos, una escenificación del propio sujeto relativa a una acción dramática, a la par que mandatos, que genera una expectativa de comportamiento obligatorio o prohibido propio de una acción regulada. Si el tema que se está aprehendiendo va dirigido, como entiendo que lo está, a buscar cierto entendimiento sobre una situación particular, digamos algún tipo de consenso, y así coordinar un plan de acción entre sus participantes, por ejemplo, al través de una respuesta jurídica, al presuponerles capacidad de acción y de lenguaje, en realidad se circunscribiría dentro de un mismo tipo de acción, nos estamos refiriendo a una instancia particular de acción comunicativa.

nos ponen ya sobre la pista correcta para la aclaración de este tema, a saber, se trata no simplemente de la “naturaleza de las cosas”, sino que se trata de la “naturaleza del hombre”.

Por de pronto, sin previo aviso, hemos topado frontalmente con aquello que andábamos buscando. Pensábamos que al reducir el radio del círculo que habíamos trazado al derredor de la naturaleza de la cosa íbamos a ir acercándonos a la naturaleza humana, o, por lo menos, a deslindar los elementos propios de la primera sobre los que construiríamos el concepto de la segunda. Sin embargo, el último giro parece habernos hecho tambalear del radio y caer en el corazón mismo de nuestro tema. ¿En qué momento perdimos la ubicación y llegamos a nuestro destino? ¿Cómo puede ser que eso que pretendíamos traer a reflexión ya esté presente, como si hubiéramos estado hablando de ello sin siquiera mencionar su nombre? Pues porque la naturaleza humana nos exige una exposición en términos metafísicos. De ahí, el dato más radical e inmediato de la vida humana es la coexistencia inquebrantable entre el sujeto y su mundo, entre el yo y su circunstancia<sup>14</sup>. No puede explicarse el sujeto sin su objeto. Las cosas, y con ello su naturaleza, se proyectan sobre el sujeto de tal forma que ha menester ocuparse de ellas. Al perseguir cualesquiera fines, el mundo ofrece resistencia porque no lo hemos escogido; el mundo y sus cosas nos son dadas de antemano. Una fatalidad en la que tenemos que ir abriéndonos paso, escogiendo entre las posibilidades que ella nos ofrece:

Tanto vale decir que vivimos como decir que nos encontramos en un ambiente de posibilidades determinadas. A este ámbito suele llamarse «las circunstancias». Toda vida es hallarse dentro de la «circunstancia» o mundo<sup>15</sup>.

Ahora se hace evidente que la naturaleza humana no es algo estático. La vida humana es todo lo contrario: dinamismo consistente en hacerse a sí mismo, en decidir lo que se va a ser en el instante

---

<sup>14</sup> ORTEGA Y GASSET, 1966a: 315-323. Antes de la célebre frase de Ortega, ya se atisba el nexa al que ahora nos referimos entre el sujeto y las cosas: “Y como espíritu, *logos* no es más que un «sentido», conexión, unidad, todo lo individual, inmediato y circundante, parece casual y falto de significación”.

<sup>15</sup> ORTEGA Y GASSET, 1966b:165. No es la única forma en que ORTEGA se ha referido a este concepto. Como señala el propio autor en nota al pie, la idea de circunstancia o mundo derredor ya había aparecido en *Las Atlántidas*, de 1924, y por tanto posterior a las *Meditaciones del «Quijote»* de 1914, “bajo el nombre de horizonte”.

próximo. Y es que la vida humana no está hecha; eso no es vida, ni es humana. Cedo la palabra al propio ORTEGA:

En cada instante tenemos que decidir lo que vamos a ser en el siguiente, lo que va a ocupar nuestra vida. Es pues, ocuparse por anticipado, es preocuparse<sup>16</sup>.

Esa es nuestra naturaleza, la naturaleza humana: como un alfarero, tenemos que moldear el barro de nuestra vida, que no es estática, con una forma dada, sino que debemos ir dándosela cada uno. Tenemos que ocuparnos de las cosas y decidir. Es ahí donde atisbamos el propósito que habíamos dejado solamente señalado. En cualesquiera fines del ser humano, por ejemplo, en regular la conducta a través de normas jurídicas, debe ocuparse de las cosas que dibujan el contorno, que acompañan y que contextualizan ese propósito. Y es que “todo hacer es ocuparse de algo *para* algo. La ocupación que somos ahora radica en y surge por un propósito en virtud de un *para*; de lo que vulgarmente se llama una finalidad”<sup>17</sup> (cursiva del autor). Dentro de estas coordenadas necesitamos reformular la naturaleza de las cosas.

Ciertamente, en la naturaleza de las cosas se hace evidente nuestro juicio teleológico. Más la finalidad, el propósito, que es la caravana a la que nos subimos para abrirnos paso, no es la cosa en sí misma, desnuda. No es otra cosa sino nuestro fin, nada más humano, que no se desprende de una vez por todas de lo que le envuelve, de lo que le circunda. Entonces, a las cosas vamos necesariamente en su búsqueda. Sin excusa, ponemos sobre ellas nuestra atención. RECASÉNS, en estos términos, reformula la naturaleza de la cosa:

Entonces, lo que se llama naturaleza de la cosa significa lo siguiente: la expresión de cómo se puede realizar un determinado propósito humano, inspirado en una cierta valoración, de acuerdo con la esencia de esa finalidad y, al mismo tiempo, tomando en cuenta las configuraciones, los condicionamientos, los límites, las posibilidades y las leyes fácticas específicas de los materiales o de los hechos con los cuales se tiene que operar<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> ORTEGA Y GASSET, 1966c: 436.

<sup>17</sup> *Ibid.*: 430.

<sup>18</sup> RECASÉNS SICHES, 1971: 314.

Aquello que GARZÓN VALDÉS empezaba a despejar ahora lo vemos traído a su mejor expresión. Al mismo tiempo, la naturaleza de las cosas nos impone los propósitos enunciados mediante juicios de valor y los límites, las condiciones, el margen libre para operar que dejan las cosas. Si se prefiere, haríamos hincapié en esos límites para definir esa naturaleza, pero en ese mismo instante tenemos ya que advertir que son impuestos a alguien, a un ser un ser humano, y a algo que de él nace, su propósito.

Desde la naturaleza humana atenderíamos, o daríamos comienzo con, los propósitos y los valores en los que los fundamos. Mas en ese momento seríamos conscientes de la resistencia que ofrece cuanto nos envuelve, del mundo, de nuestro derredor, al perseguir la opción que hemos elegido. Desde nuestra naturaleza no hay más precisión para describirlo que la fórmula de ORTEGA.

Una vez aclarado el vínculo inexorable entre la naturaleza de la cosa y la naturaleza humana, aunque someramente, pues cada una de las categorías que hemos traído a nuestro paso haría correr ríos de tinta sobre ellas, debemos insistir un tanto más, profundizar otro paso en nuestra reflexión. ¿Cómo que un cibernético daña la naturaleza humana? ¿En qué sentido decimos esto?

Entre agosto de 1930 y marzo de 1931, ORTEGA Y GASSET publicó en el diario La Nación, de Buenos Aires, una serie de artículos<sup>19</sup>. En ellos, ORTEGA reflexiona entablando diálogo, entre otros, con ARISTÓTELES, y con atino señala que la verdadera naturaleza del hombre consiste, además de las dotes que señaló el estagirita, en “tener fallos”. Nuestra naturaleza se caracteriza por lo que tenemos y por lo que nos falta. Como el ser humano se ve limitado por sus dotes al perseguir sus propósitos, pasa a movilizar los medios necesarios, se esfuerza en poner medios al servicio de esos fines<sup>20</sup>.

Hay una serie de dotes, de capacidades humanas que definen al ser humano, que son en efecto limitadas, pero darnos cuenta de esa carencia en nuestro ser nos hace ser más exigentes al perseguir lo que desconocemos, al intentar satisfacer nuestros fines. Y esas capacidades humanas, las que nos sitúan a todos en la misma condición para decidir qué vamos a ser en nuestra vida, son las que se rompen, alteran, se ven modificadas en el caso del llamado transhumanismo. Nuestras dotes naturales, lo que nos

---

<sup>19</sup> Posteriormente Paulino GARAGORRI recopilaría juntos los siete artículos bajo la rúbrica *¿Por qué se vuelve a la filosofía?* En las *Obras Completas* que manejo, de esta serie constan sólo los cuatro primeros. A medida que fue dando con los tres últimos, los incorporó al volumen *¿Qué es filosofía?* de la edición de bolsillo de la Revista de Occidente junto con Alianza Editorial. Juntos, estos tres aparecen por primera vez como apéndice en la edición de 1982 y, desde entonces, también en las *Obras Completas* tanto de Alianza como las recientes de Taurus.

<sup>20</sup> ORTEGA Y GASSET, 1982: 219-220.

define como seres imperfectos, las capacidades que nos igualan a todos como humanos, las alteramos y al hacerlo nos alejamos de nuestra naturaleza.

El daño, entonces, que causamos a nuestra naturaleza no es cualquier intervención sobre el cuerpo humano, cualquier integración de dispositivos tecnológicos; solamente aquella que altera, que modifica, desproporcionadamente las capacidades humanas. Hay alteraciones cuyo propósito no es ese y van destinadas precisamente a igualar nuestras capacidades; a que ese ser humano decida, por fin, qué ser en el instante próximo del mismo modo que lo haríamos cualquier otro. Cuando esas capacidades están mermadas, este tipo de intervención las iguala, contribuyendo así a la libertad de todos. Observamos, de esta manera, que hay un uso legítimo de los dispositivos tecnológicos que se integran en el cuerpo humano, mientras que el ilegítimo implica maximizar las capacidades humanas, nuestras dotes naturales, de manera sobrehumana, desproporcionada, a lo que es propio al ser humano<sup>21</sup>. Es en ese sentido que se produce un daño desproporcionado en lo que entendemos por naturaleza humana.

No necesitamos más elementos, pero tampoco menos, para pasar a analizar el encaje de la naturaleza humana en el daño al que se refiere la teoría del daño desproporcionado.

#### 4. El daño desproporcionado en el ámbito sanitario

Ya hemos hecho referencia a la regla *res ipsa loquitur* o la cosa habla por sí sola. Hace referencia a que debe responderse por el resultado desproporcionado causado en la actividad biomédica. Hay que responder por el daño: de éste nace la responsabilidad.

Esta regla se corresponde con la *anscheinsbeweis*, la apariencia de la prueba, alemana y la *faute virtuelle*, la culpa virtual, francesa. Todas ellas vinculan el resultado perjudicial con la conducta negligente, a que la prueba no demuestre que el daño no estaba vinculado con la acción<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Ya he señalado otras veces que el concepto de libertad de todos al que me refiero es en el sentido de la aportación a la teoría jurídico-política de Ricardo GARCÍA MANRIQUE (2013: cap. IV) y cuyo valor alcanza no sólo el discurso de la ética del perfeccionamiento, como traté de justificar en su momento, sino que tiene fructífero recorrido en áreas como la metafísica y la estimativa jurídica, en esta última acerca de las implicaciones teóricas de la dimensión sustancial de la democracia encarnada en un núcleo duro y supraordenado de derechos y libertades fundamentales.

<sup>22</sup> STS 548/2003, de 30 enero (FJ Segundo).

Expongamos con algo más de extensión la doctrina judicial y pasemos a analizar el encaje de la naturaleza humana en el daño causado.

#### 4.1. Doctrina general

La teoría del daño desproporcionado tiene origen jurisprudencial. Es una doctrina establecida y asentada por el Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad médica sobre un mal resultado.

En la STS 378/2020, de 6 de febrero, se resume la jurisprudencia del siguiente modo. Con independencia de si un hecho es constitutivo de ilícito penal, el hecho puede dar lugar, por su naturaleza civil, al resarcimiento de los daños causados. Dicho de otro modo, que una conducta no sea sancionable por las leyes penales, pero sea estimada como causa de responsabilidad civil<sup>23</sup>. En este segundo caso, hay que probar el resultado de acuerdo con la práctica profesional. Se vincula con la *lex artis* medica; debe regir la “inversión probatoria, en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación de su génesis en atención a sus circunstancias profesionales o de otra índole” (FJ 4.3).

De esta doctrina, en particular, de la STS 3961/2006, de 26 de junio (FJ Primero), destacaremos ahora dos caracteres. Por un lado, fija la responsabilidad del médico, o de la administración sanitaria, por alcanzar un resultado peyorativo, impropio de una intervención o de un tratamiento médico, cuando resulta desproporcional en términos comparativos con “las reglas de la experiencia y del sentido común”. Y, por otro, la actividad médica “exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*”<sup>24</sup>, esto es, que el resultado revele “inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

En síntesis, la práctica médica, a veces causa un resultado dañino al no corresponderse exactamente con una intervención o un tratamiento relativo a la curación o sanación. Esa mala praxis, en la que también cuenta la falta de cooperación, es motivo de responsabilidad por parte del médico, o de la

---

<sup>23</sup> Vid. STS 591/2000, de 31 de enero. En esta sentencia se asienta la doctrina por la que no se puede hacer caer la carga probatoria sobre el demandante cuando esos hechos le han causado el daño y, aquí lo importante, cuando lo ocurrido sucede dentro del orbe de actividad del demandado.

<sup>24</sup> De acuerdo con MARTÍN LEÓN (2010: 469-471), la *lex artis ad hoc* “constituye un modelo de actuación al que el médico debe ajustarse por imperativo ético, científico, jurídico e incluso profesional”.

administración, no por la intervención misma, sino por el resultado creado, anómalo, impropio, insólito, grave, desproporcionado, como quiera designarse, respecto a lo esperable de esa actividad<sup>25</sup>. Es una combinación de dos elementos, del resultado causado junto con los medios empleados.

Este sumario nos lleva a que intuitivamente pensemos en dar cabida al daño causado a la naturaleza humana en esta doctrina. Es factible pensar que en igualar las capacidades humanas se persigue la curación o la sanación del paciente. Allí donde su cuerpo no podía llevar a cabo las funciones vitales, y por tanto menguadas sus capacidades humanas, una intervención corrige la disfunción. Se implanta un marcapasos para seguir los latidos del corazón, se integra una prótesis para caminar o, en casos más novedosos, se conecta una antena al occipucio que permite, a través de sonidos, corregir la acromatopsia. Todos estos casos, que habíamos calificado como legítimos, caen en el saco del concepto de curación. De lo que razonablemente cabe entender por esta. Ahora bien, aquellos casos a los que nos referimos como ilegítimos, los que rompen con las iguales capacidades humanas, no pasarían el filtro exigido por este razonamiento. ¿Qué curación supone implantar un USB en la sien, un ojo biónico con conexión a internet o un brazo de acero más portentoso que el de Hércules? Diríamos, por lo pronto, que no hay manera de justificar en la práctica biomédica y dentro de estos términos por qué hay que dejar de ser humano.

Pero no alcemos tan prontamente la bandera de la victoria del humanismo. Atendamos a los peritos del campo jurídico y su análisis de esta doctrina.

#### *4.2. La adecuación de la naturaleza humana*

José GUERRERO ZAPLANA, magistrado con voz autorizada en la resolución de todo tipo de reclamaciones por una asistencia sanitaria defectuosa, ha insistido sobre la dificultad de elaborar una doctrina genérica del daño desproporcionado<sup>26</sup>. Explica que la responsabilidad se valora según las circunstancias del caso concreto, acudiendo a desentrañar lo complejo de la situación particular. Pese a

---

<sup>25</sup> De acuerdo con DÍEZ-PICAZO (2001: 1009-1010), este tipo de responsabilidad civil extracontractual deriva de un daño extraño de acuerdo al comportamiento que rige la práctica. Autores como FONSECA FERRANDIS (2018: 36) hacen hincapié en lo “llamativo”, “clamoroso”, del daño en comparación del resultado en caso de actuar solamente con negligencia.

<sup>26</sup> GUERRERO ZAPLANA, 2004: 155-198. Este texto actualiza un estudio anterior del propio autor (2001: Cap. I). Asimismo, él mismo recientemente ofreció una revisión actualizada de la responsabilidad médica (2013: 145-172).

esta dificultad, destaca una serie de requisitos comunes (2004: 166-167), que iremos evaluando a continuación a propósito de nuestra hipótesis.

En primer lugar, la poca trascendencia de la intervención médica. Según nuestro autor, si estuviéramos ante un tipo de intervención caracterizada por la “complejidad técnica” o unas “previsibles graves consecuencias”, el daño no sería nunca desproporcionado. El motivo es que si ésta fuera compleja, complicada, incluso con ciertas indeterminaciones técnicas que deben resolverse durante el proceso, la posibilidad de crear un daño desproporcionado ya existía en el inicio. En otras palabras, cabía esperar que se produjera el daño antes de observar el resultado; era previsible de antemano, un riesgo que asume el paciente o quien se somete a la intervención.

Debemos considerar que la complejidad técnica supone, cada vez más, un escollo salvable dados los avances en tecnología médica que, por un lado, simplifican las intervenciones y, por otro, minimizan los riesgos para el paciente. Este progreso conlleva que cada vez haya menos dudas respecto a las dificultades que pueden surgir durante la intervención. Si esto es así, como el avance tecnológico parece indicar, lo destacable de este hecho sería el elemento subjetivo por encima del objetivo, esto es, la previsión del riesgo por encima de la complejidad técnica de la intervención.

Dada esta tendencia a simplificar las dificultades, lo complejo, lo arduo de proceso de una intervención médica, la carga de la prueba en la parte interventora adquiere mayor relevancia. Si no era una consecuencia previsible, lo propio es que la persona que interviene sobre el cuerpo del paciente deba rendir cuentas del resultado, que ofrezca los motivos por los que una complicación derivó en el resultado desproporcionado. Este requisito, reforzado con el progreso tecnológico en el ámbito sanitario, justifica la inversión de la carga probatoria impuesta por la regla *res ipsa loquitur*.

Respecto al daño sobre la naturaleza humana, entonces, este requisito se interpretaría como una exigencia para el médico de advertir que la intervención sobre su cuerpo comportará el aumento desproporcionado de las capacidades humanas del paciente, o alguna de ellas. Nos remite a que la repercusión sobre las capacidades humanas figure entre la serie de elementos que se consienten previamente. Por tanto, a verificar la información facilitada al paciente. Es un caso en que necesariamente el médico responsable debe garantizar el derecho a la información asistencial del paciente (art. 4.3 Ley

41/2002, de 14 de noviembre<sup>27</sup>) y el paciente debe haber prestado su consentimiento libre y voluntario a una información relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención genera para sus capacidades humanas (arts. 8 y 10.1.a Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

En segundo lugar, GUERRERO ZAPLANA explica que el resultado final debe tener gran relevancia, ser catastrófico o de extraordinaria mayor importancia de lo razonablemente esperado.

En el epígrafe anterior hemos hecho alarde de una justificación humanista. En ella, recurriamos al criterio de la salud, de la curación del paciente, para denunciar un resultado impropio de lo esperable en una práctica médica. En esos términos, el resultado de una intervención que aumente desproporcionadamente las capacidades humanas se alejaría de este criterio y crearía un daño sobre nuestra naturaleza.

Sin embargo, insisto en que no me parece cuestión tan sencilla. Por un lado, este criterio es suficiente. ¿Qué criterio bien justificado encontramos para que un médico intervenga el cuerpo de un paciente? El de la salud, la curación, cumple ese requisito. Pero no es un criterio definitivo porque las intervenciones quirúrgicas no se reducen a la mera sanación del paciente. De no ser así, la cirugía estética quedaría proscrita<sup>28</sup>. Claro es que, si por un lado aceptamos intervenciones estéticas, y por tanto un criterio distinto al de la salud, no parece razonable prohibir otro tipo de intervenciones sobre el cuerpo humano que por lo pronto fueran menos invasivas. A fin de cuentas, la cirugía facial no es más que inyectar veneno en la cara del paciente y la depilación con láser quemar ciertos tejidos epiteliales. En ambos casos, hay una lesión consentida por el paciente, en la que asumen los riesgos y el resultado es un perfeccionamiento del cuerpo humano, al menos, en términos estéticos.

Esto nos hace repensar la necesidad de acudir a un criterio sobre la naturaleza humana como el de las iguales capacidades. Es aquí donde observamos la importancia del mismo, pues si intentásemos aplicarlo a las intervenciones quirúrgicas de estética, ¿qué capacidad humana se vería alterada? ¿Hay alguna función vital que esa persona no podía llevar a cabo y ahora la realiza sobremanera? Intervenciones sobre el cuerpo humano como las estéticas no alteran el debate sobre si el perfeccionamiento del cuerpo rompe con las iguales capacidades humanas de todos. Si tuviéramos alguna

---

<sup>27</sup> Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>28</sup> Para un estudio de la teoría del daño desproporcionado en el ámbito de la cirugía estética, *vid.* ARBESÚ GONZÁLEZ, 2016: 175-180.

objeción contra las intervenciones estéticas, no podríamos recurrir a este criterio para censurarlas. Sería cuestión de analizarla a partir del de la salud, criterio al que igualmente acudimos para razonar los casos de transhumanismo.

El criterio de las iguales capacidades humanas inserta la naturaleza humana en nuestro debate como un bien que debemos proteger. Pero para ello le aparejamos otro criterio, el de la salud, para denunciar que una práctica médica dirigida hacia un propósito determinado no puede desviarse en perjudicar ese bien. Y la importancia de ese bien es que nos pertenece a todos en tanto que humanos. Este tipo de intervención supondría abrir la veda a dos tipos de humanos, los mejorados, o sobrehumanos y por ello no humanos, y los no mejorados.

Finalmente, en tercer lugar, el autor anuncia como requisito que no exista explicación lógica, basada en pruebas médicas que justifican la producción del resultado o que del resultado de la fase de prueba no se haya conseguido una explicación suficiente que sea relativa a la producción del daño. Advirtamos que ese “o” es disyuntivo, no conjuntivo. No son dos explicaciones que se acumulen, sino que debe evidenciarse una, la otra, o ambas. Este tipo de explicación sugiere un tipo de razonamiento ordinario sobre la prueba con cierto nivel de exigencia, sea en la previsión del daño sea en la motivación suficiente para disipar la duda razonable que destruya la lógica subyacente al vínculo entre el resultado y la intervención quirúrgica<sup>29</sup>.

Con la motivación en la prueba hemos llegado al puerto de mayor exigencia durante nuestro recorrido. Como anotamos, los dispositivos tecnológicos pueden emplearse para equiparar las capacidades humanas. La intervención sobre un cuerpo para aumentar las capacidades de un paciente tiene una justificación social, igualarlas, la misma justificación a la que nos acogemos para que no se rompa nuestra naturaleza. Hay unos casos que sobrepasan las capacidades humanas y otros quedan por debajo de ese umbral. En los segundos, vemos legítimo intervenir el cuerpo para dar la oportunidad a ese ser humano de que pueda perseguir cualesquiera fines por sí mismo, lo que es humanamente posible, de acuerdo con las capacidades corregidas y orientarlas hacia las dotes que nos caracterizan.

---

<sup>29</sup> Para la doctrina asentada del Tribunal Supremo sobre la estructura lógica del razonamiento probatorio, *vid.* STS 5213/2006, de 12 de septiembre y STS 593/2006, de 25 de mayo.

Esta función cualitativa nos dice que hay un bien social que se alcanza interviniendo el cuerpo, lo que chirría a oídos del razonamiento probatorio. Si está justificado intervenir para ampliar las capacidades humanas, ¿en qué momento se supera ese umbral? ¿No estaría también justificado darle la oportunidad a un ser humano de que decida lo que tiene que ser aumentando sus capacidades humanas mal operantes, ampliando las funciones vitales que por sí mismo no puede realizar, aunque ello supere puntalmente las capacidades del resto? Auguro que todos responderíamos afirmativamente. Pero si esto es así, nos adentraríamos en una pendiente resbaladiza. El mismo razonamiento sobre la salud que empleábamos para impedir unos casos resulta que, ahora, nos exige intervenir para aumentar las capacidades, pese a que pongamos un pie más allá de la línea divisora. Hay un cierto margen de error, razonable, en la querencia de igualar las capacidades de ese paciente aumentando las maltrechas, en el nombre de su salud, de su vida, de lo humanamente exigible, y sobrepasar una función vital porque, al fin y al cabo, la llevaría a cabo una parte tecnológica que le habríamos implantado.

El propósito sanitario de igualar las capacidades humanas se vuelve contra nosotros. Parece que prima lo cualitativo, que es mejor dar la oportunidad a alguien para que recupere su capacidad humana, aunque se haga sobrehumana, antes que negársela en nombre de esa misma capacidad. Sería incoherente que ahora afirmáramos que lo que nos iguala no puede ser motivo de igualdad, aunque haya un margen razonable de error propio de la naturaleza tecnológica de una parte que reemplazará una función orgánica de nuestro cuerpo.

Ahora bien, nuestro compromiso con las iguales capacidades de todos, con la naturaleza humana, nos exige un sobreesfuerzo para corregir esa pendiente resbaladiza: que a lo cualitativo le acompañemos con lo cuantitativo, que hagamos de ese umbral, de lo que es igual entre humanos, un límite, una pauta, una exigencia, un parámetro legal, al que acogernos en el remedio de corregir las funciones vitales maltrechas.

Pero, seamos sinceros, ¿acaso podemos pedirle al juez que siga este criterio? ¿Le toca al magistrado definir en cada caso que hay un umbral de las iguales capacidades humanas? Desde luego, no es esa su función, sino la de aplicar la ley, las normas que nos hemos dado en sociedad.

Entonces, no es al juez, sino al legislador, a quien tenemos que señalar con nuestro dedo y aclamarle al regular ese umbral cuantitativo de las iguales capacidades humanas. La naturaleza humana

se altera con los dispositivos tecnológicos y es nuestro deber marcar la frontera, a través del Derecho, para las intervenciones sobre nuestro cuerpo.

## 5. Conclusiones

El daño desproporcionado como hecho objetivo, resultado de una praxis médica, nos ha llevado a buscar el encaje del daño causado sobre la naturaleza humana en el de la naturaleza de las cosas. Hemos dado muestra que en la naturaleza de una se supone la de la otra. Coexisten los fines, los propósitos humanos con el mundo en que tienen que satisfacerse. Ese mundo de cosas ofrece resistencia, una fatalidad dada en la que vamos abriéndonos paso. En eso consiste nuestra naturaleza, en un dinámico ir haciéndonos, decidiendo qué vamos a ser en el próximo instante. De la mano caminan juntos lo humano y las cosas.

Para cuantificar el daño hemos recurrido necesariamente a aquello que nos permite abrirnos paso en tanto que humanos, a nuestras dotes naturales, a las iguales capacidades humanas con las que, además de cumplir funciones vitales, somos conscientes de lo que nos falta, de nuestra imperfección. Las capacidades humanas dibujan ese umbral.

El camino judicial del daño desproporcionado sobre la naturaleza humana recorre por senderos más o menos pacíficos, de la mano de lo razonable, hasta llegar a una encrucijada en que el juez tiene que decidir si alterar la pauta biomédica que rige la intervención sobre nuestro cuerpo, la salud, para adecuarla a otra exigencia humana. Sin embargo, su papel se ciñe al cumplimiento de la ley. Tras verificar que en un caso se cumple ese objetivo social, cualitativo, no podemos hacerle cargar con el peso de tener que decidir, además, nuestro futuro como humana sociedad. Nada más lejos de la realidad, pues esa decisión es un tipo de convención social cuyo ámbito normativo pertenece al legislador. Es éste quien debe regular la materia con fidelidad a nuestra naturaleza, exigiendo orientar lo cualitativo hacia nuestras iguales capacidades humanas. Un criterio para nuestra finalidad que, por otro lado, no habríamos justificado sin evaluar el daño objetivo desde la regla *res ipsa loquitur*. No ha sido infructífera nuestra pesquisa, pues hemos dado con material suficiente para comparar y evaluar la actividad futura que se produzca en la corte del Derecho, tanto en el foro como en las leyes.

## 6. Bibliografía

- ARBESÚ GONZÁLEZ, Vanesa (2016); *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Madrid, Dykinson.
- DE ASÍS, Rafael (2019); “Desafíos éticos de los cibernéticos”, *Universitas*, núm. 30, pp. 1-25.
- AYER, Alfred J. (1984); *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. ORTEGA, V. de la segunda edición revisada de 1946, Barcelona, ORBIS. 1ª ed. 1936.
- CARAZA CRISTÍN, María del Mar (2016); *La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- CIQUE MOYA, Alberto (2017); “«Biohacking» y «biohackers»”. Amenazas y oportunidades”, *Bie3. Boletín IEEE*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, núm. 7, pp. 773-792.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2001); “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de Derecho Civil*, LIV, núm. 3, pp. 1009-1028.
- FONSECA FERRANDIS, Fernando E. (2018); *Estudio médico-legal sobre el daño desproporcionado en la sanidad pública española. Su alcance a tenor de la jurisprudencia contencioso-administrativa*, Pamplona, Aranzadi.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2004); “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21, pp. 261-286.
- (2013); *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El Viejo Topo.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1963); *El problema de la naturaleza de la cosa en el pensamiento contemporáneo*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba.
- (1970); “La naturaleza de la cosa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 7, pp. 59-91.
- GUERRERO ZAPLANA, José (2001); *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Madrid, Lex Nova.
- (2004); “La conexión entre el resultado y la información en la responsabilidad derivada del consentimiento informado. Líneas jurisprudenciales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, núm. 10, pp. 155-198.
- (2013); “Responsabilidad y consentimiento informado”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 145-172.
- HABERMAS, Jürgen (1999); *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I, trad. JIMÉNEZ REDONDO, M., Madrid, Taurus.
- LARENA BELDARRAÍN, Javier (2012); “El proceso por responsabilidad civil médica: consideración en materia probatoria”, en MORILLAS CUEVA, L. y LLEDÓ YAGÜE, F., *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*, Madrid, Dykinson.
- LARENZ, Karl (1980); *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Ariel. 1ª ed. 1960.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1979); *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Barcelona, BOSCH.
- LLAMAS POMBO, E. (2000); “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, pp. 297-322.
- LLEWELLYN, Karl (2008); *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, New Brunswick (Nueva Jersey), Transaction Publishers. 1ª ed. 1962 en University of Chicago Press.

MARTÍN LEÓN, Antonio (2010); “Lex artis y protocolos médicos”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson.

NAVARRO MICHEL, Mónica (2003); “Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, LVI, núm. 3, pp. 1197-1230.

ORTEGA Y GASSET, José (1966a); “Meditaciones del «Quijote»”, *Obras Completas*, vol. I, Madrid, Revista de Occidente. 1ª ed. 1946.

(1966b); “La rebelión de las masas”, *Obras Completas*, vol. IV, Madrid, Revista de Occidente. 1ª ed. 1947.

(1966c); “¿Qué es filosofía?”, *Obras Completas*, vol. VII, Madrid, Revista de Occidente, 1 ed. 1961.

(1982); *¿Qué es filosofía?*, Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial.

PACHECO JIMÉNEZ, Mª Nieves (2019); “Responsabilidad por daños desde la perspectiva del usuario de servicios sanitarios: del art. 28 LGDCU al art. 148 TRLGDCU”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 4 –Responsabilidad sanitaria, Editorial vLex, pp. 53-68.

PUIG HERNÁNDEZ, Marc-Abraham (2019); “Ciborgs: el cuerpo humano, los dispositivos tecnológicos y la libertad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 40: 213-237.

QUIGLEY, Muireann y AYIHONGBE, Semande (2018); “Everyday Cyborgs. On integrated persons and integrated gods”, *Medical Law Review*, Vol. 26, núm. 2, pp. 276-308.

RADBRUCH, Gustav (1990); *Relativismo y Derecho*, trad. VILLAR BORDA, L., Santa Fe de Bogotá, TEMIS.

RECASÉNS SICHES, Luis (1971); *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica – UNAM – Instituto de Investigaciones Filosóficas.

SANTOS MORÓN, María José (2017); “La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *Anuario de Derecho Civil*, LXX, núm. 1, pp. 119-164.