



La responsabilidad civil médica Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización*

Jairo **CIEZA MORA****

SUMARIO

I. Los criterios de imputación o factores de atribución en la responsabilidad civil médica. Nota introductiva. II. Responsabilidad Civil ¿contractual o extracontractual?

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** art. 1762.
- **Ley General de Salud, Ley N° 26842:** art. 48.

I. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN O FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. NOTA INTRODUCTIVA

La Ley General de Salud, Ley N° 26842, establece en su artículo 48 lo siguiente:

“Artículo 48.- El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del **ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia.**

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece” (resaltado nuestro).

Entonces, bajo la perspectiva de la norma especial, la responsabilidad civil de los médicos y auxiliares es subjetiva y solidaria con el establecimiento de salud. Esta es la norma que regula este tipo de responsabilidad civil y no está

El autor estudia la estructura de la responsabilidad civil y las consideraciones de su evolución desde la culpa del agente hasta la responsabilidad objetiva, pasando por la culpa presunta, para abordar el supuesto de la responsabilidad médica. Asimismo analiza la división de la responsabilidad contractual y extracontractual llegando a la conclusión de que el eventual daño médico se enmarca en el sistema de responsabilidad contractual no solo por los criterios objetivos sino también por el principio general de no causar daño a otro.

TEMA RELEVANTE

exenta de críticas como veremos al analizar el factor de atribución o criterio de imputación objetivo en la responsabilidad civil médica.

Esta situación se complejiza, como veremos, en tanto el artículo 1762 del Código Civil establece una protección, que muchos juzgan, incluyéndome, excesiva en favor de los profesionales, por la cual estos responden solamente cuando se prueba que han actuado con dolo o culpa inexcusable. Así el texto del artículo mencionado señala:

“Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

Como se puede apreciar de una argumentación a contrario sensu, la culpa leve no se sanciona con resarcimiento en el caso de los

* “Esta vez, cuando mi padre quiso saber cuánto tiempo más tendría que transcurrir antes de que desaparecieran los efectos de la parálisis, el médico le dijo que, en casos tan persistentes como el suyo, podía ocurrir que no desapareciese. Y añadió que ya podía dar gracias a Dios, porque, quitando el ojo ciego, el oído sordo y el rostro medio paralizado, estaba más sano que cualquier otra persona veinte años más joven”. RUTH, Philip. *Patrimonio, Una historia verdadera*. Editorial Planeta, p. 11.

** Docente de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de Derecho y Literatura en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. **El presente artículo forma parte de una investigación auspiciada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC)**. Mi agradecimiento especial a María José Olavarría Parra, excelente profesional con auspicioso futuro. A mis alumnos sanmarquinos James Michael Vélez Jara, Mijail Cienfuegos Falcón, Angelita Ruiz Cárdenas y Katerine Vargas Espinoza por su colaboración en este y futuros trabajos.

profesionales en general y de los médicos en particular, lo cual coloca en una situación de desventaja al paciente que desde ya está en una posición de inferioridad y de asimetría con respecto a los facultativos. Considero que en estos casos hay que tener en cuenta el avance de la ciencia médica y de la tecnología en materia de infraestructura y equipos quirúrgicos o de diagnóstico, pues estos asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad se han reducido considerablemente en la actualidad con respecto a los que se planteaban al momento de la dación de nuestro código civil o antes del mismo¹.

Los criterios para establecer a **título de qué** se responde, como el dolo o la culpa, en el caso del factor de atribución subjetivo y el riesgo profesional, en el caso del factor de atribución objetivo, merecen ser estudiados con rigurosidad para poder comprender el caso de la responsabilidad civil médica y aplicar criterios homogéneos o referenciales para la cuantificación de los daños o el resarcimiento aplicable a cada caso en particular.

Es por el motivo antes expuesto, que en esta primera parte del trabajo nos centraremos en analizar la culpa, sus características principales, su trascendencia en la provincia de la responsabilidad civil, su importancia como elemento de la misma y su clasificación. El tema de la culpa ha sido extensamente analizado por la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera así que revisaremos lo esencial y lo vincularemos con lo señalado en el Código Civil tanto en la responsabilidad civil contractual y extracontractual así como en la Ley General de Salud. Del mismo modo es preciso evaluar el factor de atribución objetivo y las teorías del riesgo tales como: El riesgo creado, el riesgo de la empresa y el riesgo profesional que es aplicable al caso materia de estudio.

Con respecto a la responsabilidad civil de los Establecimientos de salud, desde la perspectiva de los factores de atribución, es necesario estudiar la responsabilidad civil de la persona jurídica, la aplicación de la teoría del riesgo de la empresa y, claro está, la responsabilidad objetiva. El establecimiento de salud o la estructura sanitaria responde objetiva y directamente. Aquí hay que hacer una crítica al artículo 1981 del Código Civil, que regula la responsabilidad extracontractual o vicaria y que manifiesta:

“Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. **El autor directo y el autor indirecto** están sujetos a responsabilidad solidaria” (resaltado nuestro).

Como apreciamos el artículo citado se refiere a un autor directo y un autor indirecto, no hay tal, la persona jurídica (estructura sanitaria) responde directa y objetivamente, otra cosa es que el médico, el auxiliar, el técnico y otros sujetos que coadyuven al acto médico dañoso, sean autores (los únicos) pero el responsable será la persona

jurídica por el actuar de quienes están bajo su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo en calidad de dependientes, entendiendo este concepto de dependencia en sentido amplio y no restringiéndolo a la subordinación del criterio laboral establecido en el Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Así que, consideramos, en este aspecto tenemos que tomar en cuenta la responsabilidad civil de la empresa y en particular de la empresa médica.

Otro punto importante y que veremos luego, es determinar ante qué tipo de responsabilidad civil estamos en un sistema dual como el regulado en el Código Civil, si ante una responsabilidad contractual o ante una extracontractual. Esto es importante pues los sistemas son diferentes en muchos aspectos como el plazo, la relación de causalidad, los factores de atribución, el daño, la carga de la prueba. El artículo 1325 del CC señala que:

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario”.

En este caso de responsabilidad contractual responde directa y objetivamente el deudor y no existe responsabilidad solidaria, la misma que no se puede presumir pues solamente se aplica si está pactada en el convenio o prevista en la ley. Esto a diferencia del artículo 1981 del CC antes citado, en donde responden solidariamente el principal y el dependiente. Estos temas son importantes dentro de los factores de atribución y en materia de responsabilidad civil médica son recurrentes entre sí a si que sí que es importante tratarlos en el presente trabajo.

El análisis de los factores de atribución nos permitirá analizar casos concretos en materia de responsabilidad médica. No es lo mismo una operación de neurocirugía que una operación de apéndice, no es igual una operación de trasplante de corazón, que una rinoplastia, no es lo mismo una endodoncia o una ortodoncia que una operación cardiovascular. ¿Estamos ante una responsabilidad civil subjetiva en todos los casos mencionados, como señala nuestra Ley General de Salud (LGS)? Nos permitimos señalar que quizás el análisis deba orientarse primero a determinar el avance de la ciencia y tecnología médica en cada caso concreto, que, por ejemplo, hace menos complejas las intervenciones en determinados tipos de prácticas médicas. El análisis, aunque maniqueo, de las obligaciones de medios y de resultado puede ser de alguna manera útil para respondernos las preguntas planteadas.

Es bueno, entonces, analizar lo referente a obligaciones de medios y de resultado en donde a las primeras se les atribuye el factor de atribución subjetivo y a las segundas el factor de atribución objetivo. Dentro de esta misma lógica habrá que analizar la prevención unilateral asimilada a la responsabilidad objetiva y la prevención bilateral concordada con la responsabilidad subjetiva.

¹ Sobre el tema y una visión sobre la posible inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil se puede ver el reciente trabajo de NINAMANCCO CORDOVA, Fort. "Un supuesto de inaplicabilidad del artículo 1762 del Código Civil en materia de responsabilidad médica. Un nuevo enfoque de responsabilidad civil de los profesionales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 230, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2013, pp. 70-78. Esto a propósito del artículo 3.5 de la Ley de las Personas adultas mayores.

El clásico trabajo del profesor Busnelli es imprescindible para comprender **la nueva dimensión reconocida al papel de la culpa**. Así se señala por el distinguido profesor italiano:

“(…) La primera tendencia se caracteriza por implicar una decisión de racionalidad económica, centrada en la propuesta de configurar un ‘sistema autónomo de la responsabilidad objetiva’ en el ordenamiento italiano, al margen del artículo 2043 del Código Civil (que estaría destinado a regular, con el criterio de la culpa, solo las ‘actividades biológicas’), cuya función estaría vinculada ‘con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios’ y cuyo ámbito de operatividad se extendería a todas las actividades económicas y, principalmente, a las actividades empresariales (Trimarchi).

Por una decisión de solidaridad social, en cambio, la segunda tendencia se ve inducida a efectuar una apertura de la misma regla –la del artículo 2043 del Código Civil. Con respecto a criterios de responsabilidad objetiva (deducidos de las normas especiales: relación de dependencia, ejercicio de actividades peligrosas, etcétera), que son ubicados en el mismo plano que la culpa, la cual no desempeñaría ‘un papel particular en el sistema de la responsabilidad civil’ (Rodota)”².

Considero que el papel de la culpa, como lo señala Busnelli, permanece vigente y no puede ser neutralizado mediante propuestas que apuntalan a hegemonizar la responsabilidad objetiva bajo la perspectiva del riesgo empresarial, como podría ser vista el caso de la empresa médica en palabras de Lorenzetti. Debo citar al profesor Busnelli en este aspecto que me parece crucial para comprender el papel de la culpa: “En efecto, en el momento actual se presencia el declive de fascinantes tendencias **neosistemáticas** y el resultado distorsionador de ingeniosas propuestas interpretativas que buscan desarticular la regla general de la responsabilidad por culpa. Desde el primer punto de vista, la tendencia a reunir las distintas hipótesis normativas de responsabilidad objetiva en un principio general de responsabilidad por riesgo de empresa (a ser contrapuesta, en el marco de un sistema bipolar, a la regla, igualmente general, de la responsabilidad subjetiva) se ha revelado difícilmente compatible con la heterogeneidad institucional de las llamadas hipótesis normativas y, por otro lado, incapaz de realizar sin apriorismos o forzamientos una

reductio ad unum de las distintas funciones que se pueden ligar con el instrumento técnico de la responsabilidad objetiva. (La limitación de la responsabilidad objetiva)”³.

Aspecto esencial tratado en el clásico trabajo que vengo citando es el referente al daño y en particular el daño biológico o el daño a la persona que se constituyen en el menoscabo de una situación jurídica subjetiva lesionada como consecuencia del detrimento producto de la actividad médica. Así la doctrina citada señala al referirse a la **doble metamorfosis del daño**, lo siguiente:

“(…) Esta se sintetiza en la inversión de la relación entre daño al patrimonio (entendido como ‘suma de propiedades’) y daño a la persona, y en cuanto a este último, en el desplazamiento del ‘eje’ correspondiente que pasa de un daño medido sobre la base de la ganancia a un daño ligado con el ‘valor-ser humano’ en su concreta dimensión⁴. (Daño al patrimonio y daño a la persona)”⁵.

Se señala que: (...) Una opción por la solidaridad social frente a las víctimas de daños a la persona, que son cada vez más frecuentes y más graves, de la mano con una invención técnica destinada a superar los obstáculos del artículo 2059 del Código Civil, ha favorecido el sorprendente paso hacia una modernizada concepción ‘real’ del daño, entendido como ‘supresión de un bien de la realidad social’, y en el caso del daño a la persona, como ‘alteración de la integridad psicofísica de la persona o de otras de sus cualidades y aptitudes’ (Scognamiglio). (Daño al patrimonio y daño a la persona)”⁶.

Sobre los aspectos doctrinarios mencionados y el papel de la doctrina y la jurisprudencia coincido plenamente con lo argumentado por la doctrina clásica que vengo siguiendo: “El desarrollo y control de dichas potencialidades expansivas se confían a un diálogo entre **doctrina y jurisprudencia: la primera está llamada a elaborar las pautas interpretativas y a trazar los confines operativos de una regla general que contenga un principio de atipicidad; la segunda tiene la tarea impostergable de proceder, a tenor de aquellas pautas y dentro de tales confines, a una obra constante de selección y catalogación de la casuística suministrada por la experiencia**”⁷.

Otro aspecto importante a analizar en esta materia, es lo concerniente al denominado **accidente médico** y su asimilación a la responsabilidad objetiva, su evolución, la

2 BUSNELLI, Francesco Donato. “La parabola dell’a responsabilità civile”. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. Año VI, núm. 4, Nápoles, 1988, p. 643 y ss. Trad. De Leysser L. León Hilario, p. 111. El título es explicado por el mismo autor que señala: “La historia de la responsabilidad civil no es, pues, un círculo que se cierra; es más bien una parábola que se ubica sobre una línea trazada hacia el infinito”. Ob. cit., p. 152.

3 *Ibidem*, p. 123.

4 Para una información adicional ver: BUSNELLI, F. D. “Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona”. En *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, p. 27 y ss.

5 *Ibidem*, p. 113. Sobre el artículo 2043 del CC italiano se ha señalado una visión constitucional de la siguiente manera: “(...) puede sistematizarse de la manera siguiente: el principio del *neminem laedere*, que la doctrina sugiere acantonar con la superación de la tradicional concepción sancionatoria de la responsabilidad civil, debería revivir y asumir ‘una nueva y distinta relevancia’, de modo que el hecho ilícito volvería a ‘consistir en la infracción de la norma’, pero la norma sería, desde las perspectivas de desarrollo de la responsabilidad civil, una norma constitucional (según los casos, el artículo 9, el artículo 32, o más en general, el artículo 2) con respecto a la cual el artículo 2043 del Código Civil unguiría de norma secundaria; el daño se resolvería, en cuanto a su dimensión ‘naturalística’, en ‘el evento interno a la estructura del hecho lesivo’, y en cuanto a su dimensión jurídica (o mejor dicho, antijurídica), en la ‘infracción del derecho constitucionalmente declarado fundamental”. Ob. cit., p. 126.

6 *Ibidem* p. 116 (...). Se ha llegado a asimilar a esta amplia categoría de daños patrimoniales la más importante y difundida figura de los daños a la persona, es decir, el daño a la salud. (...) En cambio, ha dado la impresión de que una perspectiva similar de *iure condendo* –o la eventual abrogación del artículo 2059 del Código Civil, al límite– fuera la única vía correcta a seguir para lograr el objetivo de una resarcibilidad general de los daños a la persona, de acuerdo con aquel bando de la doctrina –(...), confirma que “el valor de intercambio, determinado por el mercado, continuaría constituyendo la característica básica de la patrimonialidad”. (Valor de intercambio determinado por el mercado). *Ibidem*, p. 118.

7 *Ibidem*, p. 142.

doctrina comparada, su inclusión en la doctrina nacional y las investigaciones que sobre el particular se han efectuado. Aspectos como las transfusiones sanguíneas que inoculan el VIH que al desarrollar genera el sida se dan en nuestro país y es necesario analizarlo desde una perspectiva jurídica. Asimismo es importante tener en cuenta las llamadas infecciones o enfermedades intrahospitalarias que son necesarias de estudiar pues corresponden a criterios de responsabilidad objetiva y que cuestionan lo especificado en la Ley General de Salud, que no es clara al respecto, dejando a la interpretación la responsabilidad de la estructura sanitaria.

Considero que no se puede perder de vista el análisis de las funciones de la responsabilidad civil para estudiar la responsabilidad médica. La función macrosistémica y los incentivos para el desarrollo de la empresa médica y su operatividad en el mercado es importante de tomar en cuenta, de igual manera el enfoque microsistémico que tiene que ver con los daños a ser resarcidos y la cuantificación de los mismos en el sistema jurídico nacional, tanto a nivel judicial como arbitral.

Existen enfermedades cuyo tratamiento e innovación técnico-médica han hecho que sean más factibles de curar, por lo tanto, las obligaciones médicas en este tipo de afecciones se convertirían en obligaciones de resultado por lo que es necesario conocerlas y analizarlas. Como mencionamos, una apendicitis, una operación de la vesícula, una endodoncia, un diagnóstico mal efectuado, son situaciones en donde la ciencia médica y su grado de avance exigen ya un resultado y no solamente la diligencia ordinaria⁸. De igual manera es importante evaluar las normas médicas, especialmente las especiales, para poder determinar las exigencias que se requieren cumplir para las intervenciones quirúrgicas o no quirúrgicas, como por ejemplo, el consentimiento informado que es una materia importante en el caso de la responsabilidad civil médica.

“En el Perú, la Ley General de Salud establece los criterios de responsabilidad subjetiva al señalar que el médico y el personal de salud responden por dolo o culpa inexcusable y el establecimiento de salud responde solidariamente con estos frente al dañado.”

El consentimiento informado se encuentra previsto en la LGS en el artículo 4) que expresa:

“Artículo 4.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren

los numerales 1 al 3 del artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido”.

Señera doctrina italiana señala al respecto que: “El deber de información, por parte del médico, adquiere relevancia en la fase precontractual, en la cual se forma el consentimiento del paciente al tratamiento o a la intervención, y tiene como fundamento al deber de comportarse con arreglo a la buena fe en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato (artículo 1337 del Código Civil italiano)⁹. Sobre el diagnóstico e intervención, se cita “Los casos *wrongfulbirth*, que se refiere a los casos en que el nacimiento no es querido por la madre, pero sobreviene de todas maneras, por negligencia del médico”^{10 11}.

8 **Artículo 1314 CC.-** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

9 ALPA, Guido. *Nuevo Tratado de la responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Leysser León, Jurista Editores, 2006, p. 911.

10 *Ibidem*, p. 913. Sobre el consentimiento informado la doctrina que vengo citando señala: “(...) también se ha resuelto que no es legítimo, sino culposo, el comportamiento del médico que, por el solo hecho de que el paciente se aparta del hospital –al decidir, por voluntad propia, volver a casa–, no cumple plenamente su deber de información y de descripción médica, y considera que la relación profesional se ha interrumpido”. *Ibidem*, pp. 913. Sobre las carencias de la estructura sanitaria y la responsabilidad del hospital se ha dicho: “(...) siempre en este ámbito, se ha condenado al resarcimiento del daño, por las malformaciones provocadas a un recién nacido, durante el parto, al propio centro de salud, debido a las carencias de las infraestructuras necesarias para la ejecución de intervenciones quirúrgicas en el área ginecológica”. *Ob. cit.*, p. 914. Sobre los testigos de Jehová en Italia con buen sentido, en cuanto a los Testigos de Jehová, se ha señalado: “(...) se ha hecho famoso, en tal sentido, el caso de los padres que, por pertenecer a la secta de los ‘Testigos de Jehová’, negaron su consentimiento a una transfusión de sangre que era necesaria para realizar una intervención quirúrgica a su hija, que se encontraba en condiciones vitales desesperadas. La demanda de los padres fue considerada contraria a las normas de orden público”. *Ibidem*, p. 916.

11 LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Editora Normas Legales, pp. 463-553. En este libro es necesario revisar el Capítulo II: Del consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente. Independientemente del informado análisis sobre el “modelo paternalista” (primacía del médico sobre la intervención del paciente) o el “modelo de la autonomía” (privilegio de los intereses del paciente y un lugar privilegiado en su participación); es importante el argumento del autor acerca de la responsabilidad contractual o extracontractual de la responsabilidad médica. Así se señala: “(...) quien haga suyo el discurso del consentimiento informado como derecho fundamental del paciente, o del usuario de los servicios de salud, quien apele a la dignidad del individuo y los demás derechos de la personalidad, debe reconocer, si quiere ser consecuente, que la protección jurídica de dicho derecho opera mediante la responsabilidad extracontractual, es decir, mediante la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969 de nuestro Código Civil”. *Ob. cit.*, p. 512. Sin embargo, y esto no es contradictorio, también se aborda en el punto 6, del mencionado capítulo, el estudio sobre El consentimiento informado en el marco de una relación obligatoria que liga al médico y al paciente: Deberes de protección y procedencia de la responsabilidad por incumplimiento, en el que se señala: “El planteamiento que aquí se expone también es útil para entender correctamente la situación que se presenta cuando la relación entre el médico y el paciente no se sustenta en ningún ‘contrato’, sino en el hecho tan simple como el ingreso, con fines de atención en un centro de salud. En dicho supuesto, existe, sin duda, una serie de deberes de protección que son de cargo del médico –los impuestos por la ley general de salud, en el caso peruano– pero no un deber de prestación, porque la relación se establece, en todo caso, con la entidad (clínica, hospital, etc.), y no con el facultativo individualmente considerado. La explicación a la que adhiero, permite hablar, sin que se falte al sentido común, de responsabilidad contractual por la infracción de tales deberes (de protección), y una buena comprensión de la especie, más general, de la responsabilidad del deudor por los hechos de los auxiliares que utiliza en el cumplimiento (artículo 1325 del Código Civil peruano)”. *Ob. cit.*, p. 522.

1. La evolución de los factores de atribución (criterios de imputación) y la responsabilidad civil médica

Comenzaremos analizando el factor de atribución subjetivo en donde el dolo y la culpa son estudiados para establecer la responsabilidad civil del médico. En la experiencia histórica de la responsabilidad civil existe una primera etapa en donde se impone el paradigma de “no hay responsabilidad sin culpa”, y este principio orientador se daba principalmente para permitir el desarrollo de las tecnologías en el periodo ochocentista (revoluciones industriales de 1830 y 1848) que permitiera el avance de la ciencia y no generara costos de transacción elevados para el desenvolvimiento y el desarrollo tecnológico y científico que era fundamental en las sociedades industrializadas o en camino a la industrialización.

Sobre el análisis histórico considero, siguiendo al profesor Corsaro, lo siguiente: “Nada puede entenderse en el derecho si no se repara en su devenir, es decir, si se prescinde de la perspectiva histórica. (...) contexto histórico que explique el significado de la ‘injusticia del daño’, de la culpa y de la comisión del hecho en que se fundan tanto la imputación cuanto la responsabilidad que se deriva de esta”¹².

La doctrina autorizada que me sirve de base ha señalado con precisión acerca de la trascendencia de la culpa en el juicio de responsabilidad que: “La culpa, en cuanto fundamento del hecho propio, que comprende el hecho ajeno y el hecho de la cosa, se convierte, entonces, en el fundamento de la responsabilidad, incluso en los casos de responsabilidad por hecho ajeno”¹³.

Si no se hubiese utilizado el principio “no hay responsabilidad sin culpa” los costos de los accidentes en la industria (la ferroviaria es paradigmática) hubiesen tenido que ser asumidos por las empresas que se encontraban desarrollando y experimentando determinada actividad tecnológica y hubiesen detenido —o hecho más complejo— el desarrollo científico y de actividades impulsoras de la economía, pues al estar en plena evolución y en una etapa de “probanza” se generaban una serie de accidentes como producto de la propia actividad inacabada o de los denominados “riesgos del desarrollo”, y estos costos hubiesen sido asumidos por la empresa, lo que hubiese dificultado la inversión para la continuación del desarrollo de la actividad económica, al tener que asumir los costos de los accidentes perjudicando el desarrollo y creación de la riqueza.

Es por este motivo que los dañados, por ejemplo en la industria ferroviaria, caso emblemático en la jurisprudencia del *common law*, deberían acreditar el dolo o la culpa inexcusable de la empresa o de sus dependientes, lo

que hacía sumamente dificultosa la probanza, pues existía asimetría informativa entre el dañante (la empresa) y el dañado. Al tener la empresa mayor conocimiento de su propia actividad y no estar obligada a probar que actuó correctamente sino que la carga de la prueba la tenía el dañado, era casi imposible acreditar tal dolo o culpa inexcusable, con lo cual la empresa casi nunca respondía, pues de haberlo hecho, como hemos señalado, incurriría en altos costos de transacción que impedirían el desarrollo, lo que doctrinariamente se ha venido a denominar como: los “riesgos del desarrollo”. En conclusión, en una primera etapa en donde el principio “no hay responsabilidad sin culpa” se impuso, la empresa se vio beneficiada con el fin principal de permitir el desarrollo de la industria por lo cual la responsabilidad civil cumplía con su función macrosistémica de incentivar el desarrollo de la economía.

Cuando la actividad tecnológica llega a un determinado grado de evolución, en donde los excedentes obtenidos como consecuencia del ahorro, para hacer frente a los daños ocasionados por los accidentes, son utilizados para reinvertir en la propia actividad y mejorar la tecnología se cumple con la función macrosistémica de la responsabilidad civil a la que nos hemos referido. Sin embargo, cuando se produce la situación por la que esos excedentes se convierten en una utilidad neta para el empresario y ya no contribuyen a desarrollar la tecnología o la actividad económica que se incentivaba, sino el criterio utilitarista de la empresa, el derecho debe tener una respuesta diferente a la practicada inicialmente y, por tanto, se comienza a colocar a la víctima como el punto central de la responsabilidad civil, para lo cual se busca la manera de resarcir a las víctimas de los accidentes en las actividades que ya alcanzaron un nivel de desarrollo, en que los costos de los daños son soportables por las empresas y bajo un criterio reparador. Aparece, entonces, el periodo de la denominada **culpa presunta** en donde se produce una inversión de la carga de la prueba y el dañante debe acreditar que actuó con la diligencia ordinaria, sin culpabilidad. Este periodo de la culpa presunta es intermedio entre el de “no hay responsabilidad sin culpa” y el de la responsabilidad objetiva. En este estadio de la responsabilidad civil se presume la culpa del dañante, que está en una situación de ventaja frente al dañado, pues este cuenta con los instrumentos necesarios para acreditar la solvencia en la actividad empresarial realizada, mientras que para el dañado es casi imposible poder acreditar el dolo o la culpa del dañante. Entonces, al no justificar el desarrollo de la tecnología, que ya alcanzó un nivel de optimización, la utilización del criterio “no hay responsabilidad sin culpa”, la responsabilidad civil debe servir para reparar a la víctima de los accidentes y la utilización de la *culpa presunta* se impone.

12 CORSARO, Luigi. “Culpa e responsabilità civile. L'evoluzione del sistema italiano”. Estudio publicado en: *Raessogna di Diritto Civile* dirigida por Pietro Perlingieri, 2000, num. 2, Napoles, pp. 270-310. Este artículo se publicó en *Estudios sobre la responsabilidad Civil*. Traducción de Leysser León, Ara Editores, 2001, p. 139.

13 *Ibidem*, p. 153. Además se afirma que: “Quien afirma la posición subjetiva debe tolerar además, y necesariamente, la adopción de un modelo objetivo de comportamiento en la valoración de la culpa, con el cual se confronta el comportamiento de la persona, a efectos de verificar la culpabilidad de esta.

Pero no basta. En el momento de aplicación de las reglas, se presume la capacidad de discernimiento, que constituye el presupuesto de la culpa. En tal caso, la consecuencia es la presunción del presupuesto subjetivo de la culpa, es decir, del elemento esencial de esta.

También se afirma —y esto es aún más grave— que la incapacidad de entender y de querer descarta la culpa solamente cuando tal incapacidad consiste en una falta total de discernimiento, que llega al punto de impedir una distinción entre lo lícito, lo ilícito y sus consecuencias; e igualmente, que la capacidad solo es relevante cuando elimina por completo la conciencia de los actos propios”. Ob. cit. p. 155.

Para complementar lo esbozado autorizada doctrina italiana señala: "Allí no queda la cosa. No faltan innovaciones legislativas que afirman la responsabilidad con abierta prescindencia de la culpa, sobre la base del mero nexo de causalidad material. Tal es el caso de la responsabilidad del concesionario de la minería por los daños causados en el ejercicio de la actividad minera y la del propietario del avión o del empresario por los daños causados por la navegación aérea. (...) Para su propia defensa, el principio de la culpa tuvo que proclamar que aquellos fenómenos constituían excepciones a la regla general por él mismo personificada, tal como se había hecho respecto de las presunciones de culpa contempladas en los artículos 1153 a 1155 del Código Civil de 1865. Esto tuvo lugar para impedir que dichas excepciones se difundieran mediante la aplicación extensiva o analógica, es decir, para evitar que ellas atropellaran la regla general"¹⁴.

Una tercera etapa en cuanto al desarrollo histórico del factor de atribución es la que corresponde a la responsabilidad objetiva en donde se va mucho más allá de la presunción de la culpa para establecer criterios de responsabilidad, en donde sea irrelevante preguntarse si el agente dañante actuó con dolo o con culpa y en donde estos factores de atribución salgan del escenario del juicio de responsabilidad y sean las propias actividades que desarrolle la empresa las que sean tomadas en cuenta para determinar a título de qué se responde. Este tercer estadio en el desarrollo de la responsabilidad civil corresponde a la generación de riesgos por las actividades que desarrolla la empresa o por determinados aspectos de la actividad del dañante. Surge así la responsabilidad objetiva en donde no existe una presunción de culpa; es, más es irrelevante esta presunción o cualquier análisis subjetivo y lo que se va a analizar son los tipos de riesgo que se han generado como consecuencia de la actividad desarrollada. De esta manera tenemos la presencia del riesgo creado, del riesgo de la empresa o del riesgo profesional. En el primer caso la actividad que desarrolla la empresa genera situaciones de riesgo, es decir, la actividad o los bienes utilizados son generadores de situaciones riesgosas y por este solo hecho la empresa se ve obligada a resarcir. El criterio consiste en que así como la empresa logra obtener utilidades como consecuencia de su actividad económica, de la misma manera ante los daños generados a las víctimas como consecuencia de su actividad debe cumplir con resarcir los daños generados por la actividad que redunda ganancias, esto sin perjuicio de las formas liberatorias de responsabilidad civil.

Por ejemplo, es el caso de la actividad económica del transporte en donde la mera actividad y la puesta en marcha en el circuito automotor de los vehículos genera un

riesgo (riesgo creado) y en caso de producirse el accidente se tendrá que resarcir a la víctima sin tener la posibilidad de analizar si medió dolo o culpa sino que solamente se determina si el tipo de actividad que generó el daño es o no riesgosa o peligrosa. Así el artículo 1970 de nuestro Código Civil en materia de responsabilidad civil extracontractual objetiva establece:

"Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

Siguiendo con el ejemplo del accidente de tránsito, en el caso del transporte terrestre el vehículo por sí solo no es un bien riesgoso. Yo puedo tener el vehículo en mi garaje y este no generará ninguna situación de riesgo. Sin embargo, cuando el vehículo es puesto en el circuito automotor genera evidentemente situaciones de riesgos que producen accidentes. Qué hacer frente a situaciones como la mencionada. En aras de la no generación de accidentes podríamos prohibir la circulación de vehículos y tendríamos cero accidentes, sin embargo esto sería muy costoso e impracticable en el mundo actual en donde se tiene que tener rapidez para la concreción de actividades económicas, así que viajar en *scooter*, en patines, en bicicleta son alternativas inviables. Hay que soportar el costo de los accidentes porque finalmente la actividad vehicular es más beneficiosa para la sociedad así se presenten algunos o miles de accidentes como consecuencia de tal actividad. Estos son los llamados "riesgos del desarrollo". La norma especial regula la responsabilidad civil objetiva en materia de accidentes de tránsito señalando:

"Artículo 29.- De la responsabilidad civil"

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados".

Sin embargo, este costo del accidente que se debe pagar en aras del desarrollo, no puede dejar desprotegida a la víctima del daño sino que la responsabilidad civil, fiel a su función reparatoria, debe velar porque la víctima no quede desprotegida y para eso utiliza la responsabilidad objetiva mediante la cual por el mero hecho de la actividad riesgosa (circulación de vehículos) el dañante responsable debe responder, independientemente del dolo o de la culpa, que son, como se ha dicho, elementos intrascendentes en el análisis o en el juicio de responsabilidad. Claro está que no siempre el titular del vehículo

14 *Ibidem*, p. 160. Sobre las presunciones de culpa, como presunciones de causalidad, el autor se refiere de la siguiente forma: "Presunciones de culpa (...). Las presunciones de culpa previstas por el Código Civil son, en suma, presunciones de causalidad, porque en estos casos, se presume que el llamado "responsable" ha causado el hecho. No se trata, por lo tanto, de una presunción de culpabilidad psicológica, sino de una presunción de causalidad, que es totalmente admisible, desde el punto de vista constitucional, en el área civil-patrimonial". Ob. cit. p. 184. "(...), además el concepto de riesgo, en el sentido de que el riesgo se presenta como la conexión de un evento con una actividad o con un acto, pero al mismo tiempo, como una elección de la ley misma, para hacer responsable a la persona que actúa, sobre la base de la probabilidad estadística de que el evento lesivo se haya producido como consecuencia de aquella actividad. El evento riesgoso es aquel que, por proceder materialmente de una determinada actividad, resulta imputado causalmente a una persona. La razón de la imputación radica en la presunción de que dicha persona ha realizado un comportamiento que no se corresponde con el modelo teórico. (...) De todas formas, la consecuencia será la concesión de la prueba liberatoria a la persona imputada; pero nada de esto basta para admitir una teoría de la "responsabilidad por riesgo", que está referida solo a algunas de las llamadas actividades "peligrosas".

o el chofer tendrán que responder civilmente pues siendo nuestro sistema uno de responsabilidad semiobjetiva existen causales de ruptura del nexo causal que permiten el efecto liberatorio de la responsabilidad civil, como son: El caso fortuito o fuerza mayor, el hecho propio de la víctima o el hecho de un tercero. Si no se presentasen estas situaciones que determinan la no configuración de responsabilidad civil estaríamos ante una responsabilidad objetiva, sin embargo, tal como se presentan en nuestro ordenamiento la responsabilidad es semiobjetiva, pues estos criterios eximentes de responsabilidad liberan de la misma al dañante¹⁵.

Volviendo al **riesgo creado** en sentido genérico, señalamos que puede darse en una multiplicidad de situaciones, por ejemplo, en el supuesto que un sujeto se accidente como consecuencia de caer en un piso encerado que no tenía el aviso correspondiente. En este caso el piso per se no es un bien riesgoso, sin embargo al dejarse expuesto, genera una situación de riesgo ya que carece del aviso que advierta a los sujetos la posibilidad de un accidente y que por tanto tomen las precauciones del caso; se convierte, así, en un bien riesgoso que puede generar daños y tenemos que aplicar la responsabilidad objetiva para resolver un caso como el comentado. O en el caso del joven que va a la presentación para un puesto de trabajo con su mejor atuendo y cae en un buzón sin tapa, en una alcantarilla, el buzón, como tal, no es un bien riesgoso, sin embargo, si se encuentra expuesto y sin tapa puede provocar un accidente perjudicando al joven que perdió su oportunidad para presentarse y eventualmente lograr ese puesto tan ansiado (pérdida de chance).

El agente dañante, en este caso, sería la Municipalidad y también la empresa contratada por esta para efectuar prestaciones que incluyan brindar la seguridad de las alcantarillas. Observemos que lo que interesa analizar es la situación de riesgo creado y no factores de atribución como el dolo y la culpa. La empresa y la municipalidad tendrán que responder de manera solidaria frente al joven dañado, ex artículo 1981 del Código Civil (responsabilidad civil vicaria).

En el caso del **riesgo de la empresa** la idea central es que así como la empresa realiza actividad lucrativa que le genera utilidades y el reparto de las mismas entre los socios o accionistas, del mismo modo los daños generados como consecuencia de la actividad empresarial deben ser resarcidos con el patrimonio de la empresa que asume dichos costos del accidente, así como también logra beneficios patrimoniales por la realización de la actividad que generó el daño.

Las empresas tienen determinadas formas para distribuir socialmente el riesgo de sus actividades y de esta manera no caer en la insolvencia como consecuencia de tener que pagar los resarcimientos por los accidentes originados en la propia actividad empresarial. Estas formas de distribuir socialmente el riesgo son: a) El sistema de precios, B) El sistema de seguros, c) *El cheapest cost avoider*, d) *deep pocket*.

Esta es la manera como la empresa distribuye socialmente los riesgos y el costo de los accidentes se difumina en la sociedad y no recae de manera íntegra en la propia empresa, lo que haría imposible su desarrollo y crecimiento.

Es la teoría del **riesgo profesional**¹⁶ la que guarda una implicancia directa con el presente artículo y entramos, de este modo, en la responsabilidad civil de los profesionales como es el caso de los médicos. Los profesionales son sujetos que han desarrollado una determinada especialización en el mundo del conocimiento y tal especialización la utilizan para la solución de problemas concretos de la vida de relación. El caso de los médicos es uno de ellos, o el de los abogados, por hablar de dos profesiones tradicionales que han tenido un desarrollo grande en su devenir histórico y que pese al paso del tiempo siempre se necesitarán de médicos y de abogados para salvar las patologías del cuerpo y del alma en el primer caso y para salvar la anomalías del patrimonio de los sujetos o de sus intereses personalísimos, en el caso del segundo. Los profesionales dada su especialización son buscados por los agentes económicos y por el consumidor para resolver sus problemas concretos y estos esperan que aquellos actúen con la diligencia debida para obtener un resultado esperable o un esfuerzo acorde con lo posible y deseable. Como en los casos antes mencionados la actividad profesional también es generadora de riesgos y se presentan casos en donde la propia actividad del profesional determina o propicia daños, los mismos que la responsabilidad civil está llamada a prever y sancionar. El profesional es un ser humano, o así sea una corporación, está integrada por seres humanos que pueden fallar, equivocarse, desatenderse y con estas actuaciones generar daños que luego deben ser resarcidos por el profesional o por la corporación de la cual forman parte. La actividad profesional tiene un amplísimo campo de actuación, puede ser simple o compleja, abordar un campo muy preciso o desarrollar su actividad en varios escenarios vinculados entre sí. El profesional por haber estudiado durante varios años en un centro universitario o en otro centro de estudios que le dé esa especialización, brinda la garantía a su cliente de seriedad en su actuación, de ponderación, prudencia y pericia en el desarrollo de su

15 **Código Civil. Artículo 1972.**- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

16 Sobre el riesgo profesional y la liberación de la responsabilidad por causa no imputable se ha señalado por autorizada doctrina: "Pero lo que es interesante observar; a los fines de la reconstrucción del concepto de caso fortuito, es la adopción del nuevo principio del riesgo profesional, colocado como base de la legislación especial sobre los infortunos del trabajo, según el cual corresponde al empleador responder siempre por los daños causados a la salud y a la integridad física del conjunto de operarios dependientes por razones de trabajo". (...) El resultado de tal evolución es la noción de 'causa no imputable al empleador' se reduce a la definición de caso fortuito, entendiendo -tal como ya había sido propuesto por Exner, y expresado en términos análogos en Italia por Trimarchi- como el acaecimiento de 'hechos ajenos al ambiente de la empresa que por su irresistibilidad, forma y gravedad sobrepasan manifiestamente los casos previsibles en el curso ordinario de la vida'. VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I, Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 118. Acerca de la culpa profesional, la autora de la Universidad de Génova que vengo citando señala: "(...) No trato aquí la problemática de los deberes de protección en el campo de la medicina, a la que le dedicaré un espacio más adelante, donde será tratada más específicamente la responsabilidad por culpa profesional, que esta presumiblemente destinada a ser reabsorbida en el cuadro de una responsabilidad contractual directa del ente hospitalario en calidad de garante de condiciones ambientales de seguridad para la incolumidad física del paciente". Ob. cit., p. 119.

actividad. El cliente puede estar seguro que el profesional actuará bajo esos parámetros. Pero los encargos dados al profesional son variados, pueden ser desde la asesoría legal a una gran empresa para la realización de un *due diligence*, hasta la asesoría por el resarcimiento a raíz de la pérdida de un animal querido. En el campo médico, el servicio médico puede involucrar desde situaciones como la realización de una neurocirugía, de una lipoescultura, hasta la extracción de una muela. El radio de acción es inmenso. Pero todo acto de un profesional acarrea también un riesgo: El riesgo profesional. Hay riesgos que pueden ser de menor intensidad como el caso de la extracción de la muela o la extirpación de la vesícula y riesgos de mayor intensidad como el caso de un trasplante de corazón. Los casos son disímiles y en ese mosaico de situaciones es que el derecho debe plantear respuestas diferentes ante casos variados, pero respetando criterios generales de responsabilidad civil. Hasta ahora lo común es que estamos ante casos de sujetos especializados. Diversas variables juegan en el caso de la responsabilidad civil de los profesionales como por ejemplo el grado de conocimiento alcanzado por un profesional luego de egresado de su institución educativa. En el país hay un gran déficit educativo en cuanto a la calidad y esto se expresa en el caso de los profesionales, con lo cual aumentan los riesgos de la actividad, pues un profesional mal preparado es muy probable que genere mayor el riesgo y aumente ostensiblemente la posibilidad de generar daños. Otro aspecto a tener muy en cuenta en el Perú es la situación hospitalaria, que es penosa, y en donde la infraestructura sanitaria deplorable en el caso del Sector Público determina muchas veces los daños a los pacientes, independientemente de la pericia y conocimientos del médico. Este es un factor que no puede pasar desapercibido no obviado en un análisis como el presente.

En el Perú, la Ley General de Salud establece los criterios de responsabilidad subjetiva al señalar que el médico y el personal de salud responden por dolo o culpa inexcusable y el establecimiento de salud responde solidariamente con estos frente al dañado. Este es el factor de atribución adoptado en nuestro país por una norma especial. Sin embargo la responsabilidad profesional también se guía por lo señalado en el artículo 1762 del Código Civil que establece:

“Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de

especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”¹⁷.

Este artículo, como adelantamos, ha sido criticado por permitir demasiadas concesiones a los profesionales que se pueden excusar en la mencionada norma para liberarse de su responsabilidad, máxime si se toma en cuenta que existe una asimetría entre el profesional, digamos, médico y el paciente. El profesional, en este caso, obviamente está en una posición de ventaja frente al paciente pues maneja mayor información, conocimiento y puede argumentar mejor frente al paciente y al juez que actuó sin dolo y culpa inexcusable con lo cual ya no respondería, pues en los casos de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad no se responde por culpa leve. **Ahora, la solución de asuntos profesionales implica que se excluya la culpa leve y que el paciente tenga que probar que el médico actuó con dolo o culpa inexcusable. Creemos que no es amparable esta argumentación maniquea e inequitativa. Eso es injusto, el paciente está en una situación de desventaja frente al profesional que conoce su materia y ante una eventual negligencia puede, este último, hacer aparecer su negligencia como un asunto profesional de especial dificultad, lo cual es desfavorable para el paciente, quien se ve obligado a probar el dolo y la culpa inexcusable. Es lo que conocemos como prueba diabólica. De otro lado, cabe preguntarse quién determina cuando se está ante caso de solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad. Esto es altamente subjetivo pues el avance de la ciencia puede hacer variar estas situaciones permanentemente. Un asunto médico puede ser un problema técnico de especial dificultad un tiempo pero luego con el avance de la ciencia médica ya no lo será y, por lo tanto, el médico estaría ante un problema ordinario y común y tendrá que responder civilmente por su mala praxis, inclusive por culpa leve. Sin embargo, este artículo establece una sobreprotección a los profesionales que va en detrimento del perjudicado quien se encuentra en una posición de desventaja.** La culpa profesional y sus características han sido ampliamente tratadas en la doctrina extranjera, particularmente italiana y es catalogada como un tipo particular de culpa con las características vinculadas a la

“En casos de relación médico-paciente o estructura sanitaria-paciente existe una situación de asimetría y, por lo tanto, se debe aplicar el principio de responsabilidad *in re ipsa loquitoro* y el de causalidad probabilística, invirtiendo-se la carga de la prueba siendo el médico o la estructura sanitaria quienes deben de probar que actuaron diligentemente.”

17 En la doctrina italiana y que es recogida por la legislación nacional en nuestro citado artículo 1762 del CC se ha señalado con precisión: “(...) En materia de daños ocasionados a un paciente por prestaciones médicas de tipo quirúrgico –según ha decidido la Corte de Cassazione–, cuando la intervención operativa sea difícil ejecución –por requerir notable habilidad, o por implicar la solución de problemas técnicos nuevos o de especial complejidad, o por comportar un amplio margen de riesgo–, el paciente debe probar de manera precisa y específica, a fin de determinar la responsabilidad del cirujano, las modalidades de ejecución del acto, y de las prestaciones postoperatorios”. ALPA. Ob. cit., p. 905. Sobre aspectos procesales la doctrina seguida señala: “(...) como se aprecia, el éxito de una acción judicial depende del resultado de la pericia técnica. Y la carga de la prueba, por parte del paciente, se basa en ella, esencialmente”. *Ibidem*, p. 905. Alpa con erudición señala: “(...) por una razón de carácter histórico y teleológico: la responsabilidad objetiva es, normalmente, una responsabilidad de empresa. Por lo tanto, ella no se adapta bien a la actividad del médico. Este responde, sí, en virtud del artículo 2049 del Código Civil, pero solo por sus dependientes directos, o por los daños que sufren los pacientes en un centro de salud que tenga al médico como responsable civil”. *Ibidem*, p. 906.

actividad profesional y, por lo tanto, asume las particularidades propias de cada profesión y los niveles de diligencia esperados¹⁸.

Como determinar el avance de la ciencia médica es un asunto central a tener en cuenta para establecer cuáles son estos problemas técnicos derivados de la profesión y que son de especial dificultad. En este caso habrá que analizar el caso concreto y poder establecer con rigurosidad el actual grado de avance de la ciencia médica y la posibilidad de resolver un problema técnico de especial complejidad técnica. De repente nos encontramos ante una situación que de problema técnico dificultoso solamente tiene el nombre y constituye una argucia para evadir la responsabilidad civil de la estructura sanitaria y del médico¹⁹.

De otro lado la ciencia médica experimenta una evolución acelerada; sin embargo, aún subsisten enfermedades o situaciones médicas que todavía no pueden resolverse con el estado actual de la tecnología y conocimientos, situaciones que sí deben considerarse dificultosas y de complejidad técnica para evaluar el juicio de responsabilidad. En este caso solamente respondería el médico por dolo o culpa.

Sobre los criterios acerca de los tipos de culpa, puedo señalar que se suele dividir a esta en **culpa subjetiva** y **culpa objetiva**. Reconocida doctrina italiana señala que: "Así se demostraba que el juicio moral tenía también una base objetiva, a saber, un modelo con el cual se comparaba el comportamiento, y que se alejaba, por lo tanto,

de la **culpa in concreto** y de la subjetividad de la persona"²⁰. No se analiza, desde esta mirada, la subjetividad de la persona, su actuar de acuerdo a su circunstancia sino se abstrae el criterio de la culpa orientándose hacia estándares como el del **buen padre de familia**, o el del **hombre razonable**.

La primera de ellas analiza, ausculta, el actuar del médico, su diligencia ordinaria, su pericia, de acuerdo al caso concreto. Es decir, se analiza el actuar correcto y leal a los principios médicos del sujeto en su individualidad, en su actuación particular, observando el contexto en que se ha desenvuelto, el grado de dificultad de la intervención o actuación médica y las circunstancias que puedan determinar si se actuó realizando servicios de manera íntegra, oportuna e idónea²¹. En el caso del segundo tipo de culpa se utiliza un criterio de estandarización de los sujetos dañantes ante determinadas situaciones de hecho presentadas y se aprecia si el sujeto actuó como se esperaba que actuara, tomando como referentes, por ejemplo, al médico promedio del tipo de hospital en donde se lleva a cabo la intervención o acto médico, las complejidades del acto médico para cualquier especialista y otras circunstancias que permitan determinar que la salud del paciente y la presunta negligencia no hubiesen sido cometidas por otro médico en una circunstancia similar a la que se enfrentó el dañante. Aunado a esto la doctrina italiana que sigo ha señalado que es necesario que se encuentre normado el comportamiento esperado del sujeto, por lo que si infringe la normativa que regula su actuación para evitar daños

18 Alpa señala refiriéndose a la culpa profesional lo siguiente: "(...) La historia de la culpa profesional es una historia de privilegios e inmunidades; privilegios de la categoría de los profesionales, decididos a obtener un régimen diferenciado para sus propias actividades, e inmunidades derivadas del tipo de actividad, pero, sobre todo, de la pertenencia de la mayoría de ellos (por no decir de su totalidad) a la clase burguesa dominante (y codificadora, además)". *Ibidem*, pp. 325 y 326. "(...) El Código ha considerado que el punto de equilibrio está en aplicar las reglas normales de responsabilidad, al contemplar, solo en presencia de problemas técnicos de particular dificultad, la exención de responsabilidad del profesional por culpa leve". *Ibidem*, p. 326. "(...) En la nueva línea de interpretación, el profesional responde —como todos los demás sujetos que desarrollan una actividad que no es simple y requiere cierta competencia— por la culpa ordinaria, calificada según el patrón de la diligencia profesional (artículo 1176, párrafo 2, del Código Civil) (italiano). Solo en los supuestos de particular dificultad, a ser precisados en cada ocasión, mediante la apreciación de las circunstancias específicas, se podrá eximir al profesional de su responsabilidad por culpa leve. Se discute si la exigente comprende también la culpa leve". *Ibidem*, p. 327. "(...) La cuestión trataba sobre la responsabilidad de un abogado que no había procedido a presentar pruebas testimoniales favorables a su cliente, pues sostenía que ellas eran inadmisibles respecto de la fase de los tratos previos al contrato si este tenía como objeto una transferencia de empresa. Sin perjuicio de lo señalado, hoy son básicamente dos los aspectos relevantes de la culpa profesional: a) La apreciación de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar su actividad; b) La subdivisión de la culpa profesional según los estatutos que regulan a las distintas categorías de profesionales". *Ibidem*, pp. 328. "(...) En el primer caso, se podría incluso plantear la hipótesis de un traslado desde el área de la culpa hacia el área de la responsabilidad de empresa, todas las veces que la prestación sea el resultado de una organización de medios y de dependientes, los cuales, a menudo, son los que realizan la relación con el cliente. En el segundo caso, se está en presencia, no tanto de una noción unitaria de culpa profesional, sino de un número de nociones que es equivalente al de las diversas profesiones". *Ibidem*, p. 329. Sobre el riesgo profesional del autor que seguimos señala: "(...) El riesgo es calculado según tres parámetros: su amplitud, la naturaleza de la actividad ejercida, el costo para prevenirlo". *Ibidem*, p. 337. Con respecto a la jurisprudencia norteamericana se señala: "(...) También en la experiencia estadounidense la culpa (*negligence*) constituye un estándar de conducta y, al mismo tiempo, un ilícito específico; para que se pueda configurar la *negligence* es necesario identificar un deber de diligencia (*duty of care*) y una violación de dicho deber". *Ibidem*, p. 337. "(...) El concepto de riesgo es "por naturaleza" inherente al concepto de *negligence*. El estándar de conducta es objetivo, indiferente al sentir moral o psicológico del sujeto agente. Pero aquí también es bastante difícil trazar los confines de la culpa, porque el *reasonable man* es una abstracción que jamás ha existido en la realidad". *Ibidem*, p. 338. "(...) la tripartición clásica, en culpa grave, media y leve, que fue elaborada por Pothier para resolver las antiguas cuestiones, directamente heredadas del derecho romano". *Ibidem*, p. 340. "(...) ejemplos de culpa voluntaria son los que se pueden extraer del régimen del contrato de seguro y de la responsabilidad de los profesionales. La culpa inexcusable se encuentra solo en la legislación sobre accidentes de trabajo". *Ibidem*, p. 341.

19 Sobre este aspecto la doctrina italiana más autorizada ha señalado refiriéndose al artículo bajo comentario que está inspirado en el artículo 2236 del Código Civil italiano lo siguiente: "Se perpetúa, de esta manera, una línea jurisprudencial en favor de los entes públicos, en la medida en que la jurisprudencia interpreta la directiva del artículo 2236 como un criterio de atenuación de la responsabilidad profesional; pero ello se da por medio de instrumentos que, con una atenta racionalización, ponen de relieve una potencialidad notable en defensa del paciente dañado. En efecto, el instrumento de la responsabilidad contractual significa no solo aquello que tiene en mira la jurisprudencia, o sea, la aplicación analógica del artículo 2236 del Código Civil, sino también un régimen probatorio más favorable para el damnificado, como ya se ha aclarado". VISINTINI. *Ob. cit.*, p. 286. En el mismo sentido la doctrina que vengo citando establece: "Actualmente domina la línea interpretativa adoptada por la corte constitucional en la sentencia precedente recordada que reduce el ámbito del artículo 2236 al área de la culpa por impericia. En sustancia, la casación seguida por la jurisprudencia de mérito, ha establecido muy claramente que el supuesto en que el profesional solo responde por culpa grave se limita al caso concreto, tan extraordinario y excepcional que no haya sido adecuadamente estudiado por la ciencia y que la pericia requerida trascienda la preparación y la habilidad de un profesional medio. Pero, como regla, el profesional responde, sobre la base de los principios generales, aun por las culpas leves. Ello significa que el artículo 2236, según la jurisprudencia, no implica un atenuante, sino una directiva dirigida al juez para que tenga en cuenta las particulares dificultades técnicas del caso en cuestión. Se trata, pues, de un reclamo a la valoración de la culpa en concreto y no a la referencia al parámetro abstracto de la diligencia ordinaria". p. 288.

20 CORSARO, Luigi. *Ob. cit.*, p. 162. "Conserva su validez la idea tradicional de fondo, según la cual, la responsabilidad debe fundarse en un hecho de la persona. Lo que se rechaza es la idea de una identificación del hecho de la persona con el actuar personal de esta. Se prefiere adoptar, en cambio, la idea de que el hecho personal, fuente de la responsabilidad, *Ob. cit.*, p. 167, debe entenderse como un hecho que comprende todos los actos que se refieren a la persona, sobre la base de los deberes de comportamiento establecidos por la ley. Así lo testimonian la *Relazione* al Código y el artículo 2043 del CC, que colocan a la culpa como elemento central y unificador de las distintas disposiciones". *Ob. cit.* p. 168.

21 VISINTINI, Giovanna. *Ob. cit.*, p. 54. Sobre "La *massima* que refleja esta definición corriente de culpa es, por lo tanto, la siguiente: 'La culpa, en un sentido técnico-jurídico, consiste en un comportamiento consciente del agente que, aunque sin intención de ocasionar un daño a los demás. Es la causa de un evento lesivo por negligencia, imprudencia, impericia o bien por inobservancia de reglas o normas de conducta'. Añade la autora italiana: "(...) El concepto es expresado claramente en la *massima* siguiente: 'La ilicitud de una conducta, para ser fuente generadora de un daño resarcible, exige no solo una relación de causalidad material, sino también la imputabilidad psicológica de la conducta al sujeto'".

será responsable no privilegiando el análisis de su subjetividad en prevalencia del sujeto dañado²².

Autorizada doctrina italiana, refiriéndose a la culpa y la distinción de esta en la responsabilidad civil y penal reseña:

“En el fragmento anteriormente transcrito, que afortunadamente ha sido plasmado en una fórmula legislativa que ha perdurado hasta nuestros días, está explícito que quienes lo redactaron intuyeron la distinción entre responsabilidad penal y civil, como la tesis que fundamenta **el principio general de la culpa** como criterio de imputación de la responsabilidad civil²³ (el resaltado es nuestro).

Sobre la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual y su relación con la culpa, la doctrina que vengo siguiendo señala: “El debate posterior, dirigido a precisar el concepto de culpa, llevará a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. (...), es que pueden configurarse actos ilícitos no intencionales sino simplemente culposos, relevantes a los fines de fundamentar una responsabilidad no penal sino solamente civil, para la reparación de los daños²⁴.”

Sobre la culpa en la responsabilidad contractual, esta se ha dividido en culpa grave, leve y levísima como se expresa en la doctrina francesa recogida por Visintini quien señala: “Paralelamente, en cambio, en el sector de la responsabilidad contractual, la referencia al contenido del contrato comportaba la adopción de criterios muy diversos de valoración de la conducta del deudor; y es sabido que la teoría de la tripartición de los grados de culpa fue elaborada por Pothier²⁵.”

La doctrina nos habla de dos tipos de problemas a dilucidar, el primero referido al contenido de la obligación y el segundo referido ya a la responsabilidad contractual. Lo correspondiente a la diligencia media (factor objetivo) ha sido abordado por la profesora Visintini de la siguiente manera:

“(…) Cuando por el contrato o por la ley, el deudor está autorizado a observar una diligencia media y prueba

que lo ha hecho, no es responsable porque no ha incurrido en culpa alguna. Sostener que, en este caso, el deudor incurre en una culpa leve es un artificio originado en la confusión entre dos órdenes de problemas diversos: el problema relativo a la determinación del ‘**contenido de la obligación**’ y el relativo a la ‘**responsabilidad contractual**’. El segundo problema supone haber resuelto el primero” (el resaltado es nuestro)²⁶.

Sobre la culpa objetiva en el contrato, la doctrina que vengo siguiendo señala: “(…) Es importante remarcar, a esta altura del discurso, que la expresión ‘culpa’ en el campo contractual reviste una connotación objetiva (la culpa en el contrato). (...). Tal elemento consiste o en la violación de la diligencia media (también en el sentido profesional), que indica el parámetro abstracto que se debe emplear en la ejecución de la obligación, o en la violación de las obligaciones asumidas²⁷.”

En el terreno doctrinal y jurisprudencial comparado se señala que la causa no imputable tiene una connotación objetiva y el criterio de estandarización (buen padre de familia) un carácter objetivo. Así se ha señalado que: “si bien el artículo 1218 del Código Civil introduce la noción de ‘causa no imputable de la imposibilidad de cumplir’, (...); el artículo 1176 introduce un parámetro objetivo al referirse al tipo abstracto del buen padre de familia. Todo esto demuestra el error de creer que el criterio tradicional de la imputabilidad, que presupone la posibilidad de reproche al responsable, que desempeña algún papel en la aplicación del concepto legal de ‘causa no imputable’ (art. 1218 del CC)²⁸.” Otro sector de la doctrina italiana señala: “Tiene un significado aún más claro a favor de la objetividad del concepto de culpa, si se considera que cuando el perjudicado participa con su propio comportamiento en la producción del evento lesivo está violando una norma de conducta que afecta a terceros: comete un hecho ilícito frente a terceros y no frente a sí mismo. (...) Ello, porque un fenómeno de este tipo demuestra que la culpa ha ido convirtiéndose —en el sistema—, en un hecho totalmente objetivo. (...) Por otro lado, el fracaso de estos intentos modernos

22 CORSARO, Luigi. Ob. cit., p. 175. Señala: “No son necesarios ni la voluntad de perjudicar, ni la voluntad del evento lesivo, ni un nexo entre la voluntad indebida y el evento del que se debe responder, es decir, la llamada culpabilidad. Es suficiente que exista un comportamiento objetivamente diferente de aquel que es capaz de evitar el evento lesivo del derecho ajeno”.

23 VISINTINI, Giovanna. Ob. cit., p. 7.

24 Ibidem p. 7. (...) Agrega la jurista italiana “De tal forma, la responsabilidad civil, al igual que la penal, aparece desde esta óptica como una sanción a un comportamiento moralmente reprochable. (...)”, p. 8.

25 Ibidem, p. 8 (...). “Por lo tanto, la teoría implicaba, según los intérpretes, una tripartición de la culpa en la que podía incurrir el deudor: culpa, grave, leve y levísima, diferenciadas en función de la naturaleza del contrato y de los intereses del titular”. Ob. cit., p. 11.

26 Ibidem, p. 16 (...). Entonces, es decir que la culpa contractual se reduce a la violación de una obligación anteriormente asumida significa adoptar una concepción objetiva de la culpa (...), y la imposibilidad de definir la culpa sin referirse a un deber específico violado.

En conclusión, todo esto va a indicar un paralelismo, en la fase inicial de la codificación, entre la afirmación de una responsabilidad aquiliana fundada en la culpa como noción moral y subjetiva y, al mismo tiempo, una evolución autónoma de los dos tipos de responsabilidad y la progresiva separación de las respectivas disciplinas”.

La autora refiriéndose al CC italiano establece: “(...) En sustancia, el artículo 1176 del Código Civil italiano prevé, en ausencia de normas y pactos que indiquen medidas diversas, un **parámetro objetivo**, referido a valores medios, para determinar la exactitud del comportamiento del deudor en todos aquellos casos en los que el deudor promete realizar una cierta actividad” (resaltado nuestro). Ibidem, p. 17.

27 Loc. cit.

28 Ibidem, p. 18. La autora señala además: “En otra obra he sostenido la tesis según la cual el término ‘imputabilidad’ debe ser entendido con referencia a una causal objetiva de la imposibilidad, atribuible a factores extraños a la esfera de influencia del deudor, y me he adherido a la concepción objetiva del caso fortuito, aunque a este razonamiento me referiré más adelante. Por ahora quiero decir que, en particular, no es sostenible, según mi punto de vista, la tesis según la cual el artículo 1176 tendría la función de criterio de imputación de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, conforme a la función originaria de su antecedente histórico (art. 1137, *Code*)”. Ibidem, p. 19. Sobre el particular también se señala: “(...) A pesar de lo expuesto, y de mi adhesión a las teorías objetivas del incumplimiento y del caso fortuito, no hay duda de que no son utilizables en el ámbito contractual la noción de culpa subjetiva ni la noción tradicional de imputabilidad de origen penal”. Ibidem, p. 20.

en el campo de la jurisprudencia constituye la mejor prueba de la actitud objetivista del sistema²⁹.

La idea de culpa subjetiva ha ido decreciendo de manera importante, desde mi punto de vista, por el desarrollo de la ciencia y la tecnología en las actividades económicas que implican riesgo para los consumidores, con lo cual estas ya no necesitan el incentivo del principio “no hay responsabilidad sin culpa” para desarrollar la actividad económica concreta. Desde esta perspectiva macrosistémica se ha dado paso a la protección a la víctima del daño, por lo que los criterios de objetivación se han afianzado y sobre todo en el campo contractual en donde la protección al sujeto perjudicado requiere instrumentos legales de tutela que afianzan su protección en materia probatoria y, por lo tanto, se defenestran los criterios de carácter subjetivo, dándose prevalencia el factor objetivo expresado en el riesgo creado, el profesional o el de la empresa³⁰.

Sobre los criterios para establecer doctrinalmente la culpa grave se ha señalado por doctrina italiana, utilizando el estándar del “hombre razonable y diligente”, lo siguiente: “(...) La culpa grave será, entonces, aquella cometida por una persona cuyo comportamiento difiere del comportamiento del hombre ‘razonable y diligente’; en particular, será la culpa en la cual se ha previsto la posibilidad del riesgo, pero no se ha hecho nada para prevenirlo³¹.”

Sobre la culpa con lucro y su distinción con la culpa grave se ha expresado: (...) *faute lucrative*, sobre esta definición no existen dudas, porque como su mismo nombre lo indica, se trata de aquella culpa que ha producido lucro al agente. En otras palabras, la culpa ha generado ventajas para el agente, mediante la paralela provocación de un daño para la víctima. Pero la unidad de significados no excluye que existan diferencias en la precisión de las consecuencias de la culpa; hay quienes acercan la *faute lucrative* a la culpa grave, o a la culpa intencional; otros proclaman la “neutralidad” de la *faute lucrative*, respecto de los grados de la culpa³².

En el mismo sentido se ha señalado por Alpa que: “A pesar de todo, se sigue investigando si la noción de *faute lucrative* induce o no a un equívoco interpretativo. En efecto, si ella se asimila a la culpa grave (o a la culpa intencional,

que, según algunos, es hasta más relevante y antisocial que la culpa grave, y se acerca al dolo), no se necesita recurrir entonces a su connotación de *lucrative*, ni tampoco verificar si el agente ha obtenido beneficio de su propia culpa. El hecho mismo de la existencia de una culpa grave implica que la cláusula de exoneración no tendrá ningún efecto. En cambio, si se considera suficiente el hecho de que el agente haya obtenido lucro de su actividad culpable, seguirá siendo necesario asociar la culpa con un alto grado de impericia, para poder proclamar la nulidad de la cláusula. En tal sentido, parece conceptualmente más correcta la posición de los Mazeaud, y no la defendida por Rodière³³.”

Acerca de la **culpa omisiva** la doctrina que vengo siguiendo señala refiriéndose a la culpa omisiva en sentido impropio:

“(...) en sentido lato, la culpa omisiva, indica todo comportamiento no realizado por el agente, a pesar de haber tenido la posibilidad de hacerlo; en sentido restrictivo, indica más bien el comportamiento que el sujeto tenía el deber jurídico de realizar en las circunstancias del evento específico, pero que no llevó a cabo³⁴.”

Sobre la **culpa por omisión**³⁵ en sentido restringido se ha señalado: “(...) Más graves son las consecuencias, en cambio, cuando el concepto técnico ‘omisión’, que comporta la violación de un ‘deber’ de obrar, se utiliza en la hipótesis de falta de adopción de las medidas de cuidado en la actividad que se ejerce. (...) De aquí la necesidad de realizar una distinción entre la falta de adopción de medidas de cuidado y la ausencia de medidas de seguridad o prevención del evento, por un lado, y la violación, propiamente dicha, de una norma que obliga al demandado a actuar, por otro³⁶.”

Efectivamente para que se manifieste o se dé este tipo de omisión culposa que la considero la culpa omisiva en sentido estricto es necesario que se violente una norma legal especial que regule las obligaciones del sujeto dañante o del profesional, si fuere el caso. Ahí la doctrina italiana seguida establece: “El deber de obrar tiene que estar previsto, por consiguiente, en una norma legal. Finalmente –y he aquí la conclusión más importante de la perspectiva que

29 CORSARO, Luigi. Ob. cit., p. 178.

30 VISINTINI, Giovanna. Ob. cit., p. 29. “En definitiva, de este breve *excursus* sobre el itinerario doctrinal y jurisprudencial de la noción de culpa extracontractual en el derecho francés se puede extraer que es válida la definición que se apoya sobre los dos requisitos antes mencionados, el objetivo y el subjetivo, pero con la condición de tener en cuenta que la dimensión subjetiva de la culpa se ha ido restringiendo sustancialmente. (...) La regla de la diligencia del buen padre de familia, acuñada para la ejecución de los contratos, no es extensible al campo de los ilícitos extracontractuales”. Ibidem, p. 38. A pesar de lo señalado, la autora manifiesta su discrepancia con este criterio estándar y con firmeza señala: “(...) En otros términos, la supuesta coherencia del sistema del derecho general de las obligaciones difundida en torno al criterio, de origen romanístico, de la diligencia del buen padre de familia, constituye una operación doctrinal carente de todo fundamento, tanto en el plano racional cuanto en el plano de la concreción de los datos legislativos y de la historia de las ideas que le habían precedido”. Ibidem, p. 41.

31 ALPA, Guido. Ob. cit., p. 343.

32 Ibidem, p. 344. “(...) para los hermanos Mazeaud, las dos nociones de culpa grave y culpa con lucro son absolutamente distintas”.

33 Ibidem, p. 345.

34 Ibidem, p. 347. Complementando lo indicado se expresa lo siguiente: “(...) ‘falta de diligencia’; la imprudencia es entendida como ‘falta de medidas de cuidado’; y la impericia, como ‘falta de competencia profesional’ o ‘ausencia de capacidades’”. Ibidem, p. 348.

35 VISINTINI, Giovanna. “Para asignar a la culpa por omisión ‘un sentido técnico’, diría que esta se produce cada vez que un sujeto permanece inactivo ante una situación que habría podido modificar con una intervención de su parte”. Ob. cit., p. 74. “(...) De este modo, se sostiene que la simple inercia ante el peligro, conectada a la posibilidad de prevenir el evento dañoso y de evitarlo, no es de por sí suficiente a los fines de la responsabilidad”. Ob. cit., p. 77. “(...) En mi opinión, la regla de creación jurisprudencial enunciada, según la cual solo hay omisión culposa cuando se ha omitido hacer aquello que se debía en virtud de un deber jurídico específico que derive de una norma o de un pacto, sufre una sola excepción en el campo extracontractual: la omisión intencional”. “En otros términos, el dolo omisivo puede ser fuente de responsabilidad por daños aunque no se conecte a la violación de una obligación de hacer”. Ob. cit. p. 79.

36 ALPA, Guido. Ob. cit., p. 352.

adoptamos—, se reserva al artículo 2043 una función subsidiaria, atendiendo a que esta cláusula normativa general desempeña un papel secundario en el juicio de responsabilidad. En otras palabras, debe existir una norma primaria destinada a exigir, coactivamente una actividad positiva del sujeto, para que se pueda aplicar (si falta dicho comportamiento) el artículo 2043³⁷.

Se habla también, en la doctrina italiana, de los delitos de omisión, de la omisión en los deberes de cortesía, de las abstenciones del actuar frente a un deber moral, entre otros tipos de culpa omisiva³⁸.

Sobre la culpa omisiva en el Derecho norteamericano y siguiendo a Shapo, Alpa señala con erudición: “La culpa omisiva, la libertad de obrar y el deber de intervención en la experiencia estadounidense. (...) *duty to act*, es decir, del deber de obrar (...) *failure to act* (omisión) propuesta por Marshall Shapo³⁹.

Citando al jurista americano se expresa: “(...) En cambio, recurriendo al paradigma del ‘poder’, Shapo distingue cinco categorías de hipótesis: a) las relaciones económicas que dan lugar a deberes de acción; b) las relaciones de naturaleza personal; c) la protección de la víctima contra terceros; d) la protección de la víctima que se ha expuesto a un peligro por sí misma; e) la acción contra aquel que, fortuitamente, se encuentra en situación de necesidad⁴⁰.”

Sobre las razones de humanidad, que, como no se encuentran contenidas en la propuesta de Shapo, en el Derecho norteamericano se dice, refiriéndose a la enfermedad lo siguiente: “(...) Shapo considera que tal empresa tenía el deber de proveer al interesado; es más, con un moderado costo privado se habría podido reducir el costo social de la enfermedad, que, por ser tratada tardíamente, resultó siendo más onerosa. El *duty to act*—observa Shapo— se funda también en razones de humanidad (*requirements of humanity*), que devienen la base de una obligación en sentido jurídico⁴¹.

2. El factor de atribución objetivo en la responsabilidad civil médica

En la responsabilidad civil médica la pregunta a **título de qué** se responde ha tenido también una evolución en el Derecho comparado, que es necesario tener en consideración para explicar este aspecto. Si bien hemos señalado que en el sistema peruano la responsabilidad

médica es subjetiva no podemos dejar de mencionar situaciones en las cuales la responsabilidad médica se está objetivizando⁴².

Para comprender la evolución histórica y legislativa de la responsabilidad civil médica es necesario tener en cuenta conceptos como el de accidente médico o el de *alea terapéutica*. **Esto no quiere decir que la culpa tenga que desaparecer en el sistema de responsabilidad civil médica sino que la gran variedad de situaciones que se presentan en la actividad médica y en daños generados por esta hacen obligatorio recurrir a otros conceptos a fin de reparar satisfactoriamente a la víctima del daño por acción u omisión médica.** Asimismo es importante señalar que en casos como el de la relación médico-paciente o estructura sanitaria-paciente existe una situación de asimetría y, por lo tanto, se deberá aplicar el principio de la responsabilidad *in re ipsa loquitoro* el de **causalidad probabilística**, en donde se invierte la carga de la prueba y es el médico o la estructura sanitaria quienes deben de probar que actuaron, directamente o a través de sus dependientes, diligentemente, sin dolo o culpa inexcusable y no ser el paciente quien deba acreditar esta actuación de los médicos o de la estructura sanitaria. Esto es complejo porque de acuerdo a nuestro artículo 1330 del Código Civil la carga de la prueba la tiene el perjudicado o el acreedor y en el caso de la responsabilidad civil médica estamos ante una responsabilidad civil contractual.

Ya hemos visto que sería injusto hacer que el paciente tenga que probar el dolo y la culpa inexcusable del médico por lo que es perfectamente aplicable el principio *in re ipsa* como lo es en otros ordenamientos, como el italiano, en donde la jurisprudencia es homogénea en la aplicación de este principio.

Reiteramos, no es lo mismo una neurocirugía que la extirpación de la vesícula, tampoco es igual un trasplante de hígado que la extirpación de una muela. Intervenciones menores como la operación por apéndice, la colocación de la anestesia y situaciones similares deben ser apreciadas de manera distinta a la tradicional pues la ciencia médica ha avanzado lo suficiente para hacer que este tipo de actuaciones médicas deban resolverse mediante el factor de atribución objetivo por tanto la responsabilidad sería objetiva o semiobjetiva, en nuestro caso. Como hemos señalado el accidente médico debe diferenciarse de

“**Siempre estamos ante una responsabilidad contractual frente al ente sanitario sea este de naturaleza pública o privada y no solamente por la responsabilidad objetiva contractual derivada de los actos culposos cometidos por terceros a su cargo sino también por la infracción de deberes de seguridad o de protección.**”

37 Ibidem, p. 353.

38 Se puede revisar ALPA, Guido. Ob. cit., pp. 366-377.

39 Ibidem, p. 375.

40 Loc. Cit.

41 Ibidem, p. 377.

42 Ibidem, p. 896. Sobre la responsabilidad médica y no de los médicos se señala: “(...) en los términos de una **responsabilidad médica**, en reemplazo de la acostumbrada terminología de la **responsabilidad del médico**, implica una toma de posición” (el resaltado es nuestro).

la responsabilidad civil subjetiva médica, pues el primero responde a situaciones externas que han determinado el sufrimiento del daño por el paciente como pueden ser una infección intrahospitalaria o el daño por una transfusión sanguínea con VIH, es decir situaciones que escapan a la actuación del médico y que responden a factores de la estructura sanitaria y a sus fallas mientras que en el segundo el *alea terapéutica* sí corresponde el daño a situaciones en las cuales el médico es el responsable por dolo o culpa de los daños generados al paciente⁴³.

En el Derecho norteamericano hablando de la distribución de riesgos de la industria, que corresponden a un sistema de responsabilidad objetiva se señala por autorizada doctrina italiana: "(...) Vittorio Emanuele Orlando, 'todo aquel que en el ejercicio de una empresa o de una actividad cualquiera causa al derecho ajeno un daño que se presenta como consecuencia directa o indirecta de tal actividad, debe resarcir dicho daño, sin que tenga importancia el hecho de que en el evento dañoso el agente no haya pecado de negligente o imprudente, ni que el evento mismo, aisladamente considerado, pueda parecer dependiente del caso fortuito o de una fuerza mayor'", "(...) El riesgo profesional se aprecia con claridad cada vez mayor en el enturbiado fondo de las aspiraciones jurídicas indecisas, y con nuevas vacilaciones, respaldado por el moderno empuje del mecanismo de los seguros". En resumen —se observa—, el principio del riesgo profesional, "más que establecer nuevos deberes a cargo del empresario, y para beneficio exclusivo del trabajador, viabiliza la distribución de los riesgos de la industria"⁴⁴.

Desde una perspectiva comparatística el factor de atribución objetivo ha sido descrito, incidiendo en el Derecho alemán. Así, con respecto a quién debe asumir el coste del accidente, del tipo que fuere, se indica "(...) con indicios precisos que revelen el status de empresario, como el control de la actividad de producción, la propiedad de bienes productivos, la exposición al riesgo, la propensión al lucro"⁴⁵.

Sobre la importancia del sistema de seguros como instrumento difuminador del riesgo se establece: "(...) d) El

desarrollo del sistema de seguros (privado) bien podía soportar estas cargas y, es más, podía devenir el 'motor' del nuevo sistema"⁴⁶.

Sobre los presupuestos básicos en que se funda la teoría de la responsabilidad objetiva de la empresa se ha señalado: "(...) la teoría de la responsabilidad (objetiva) de la empresa, se funda en tres presupuestos básicos: a) el papel determinante del seguro privado en la distribución de los costos; b) el poder contractual que se hace explícito por parte de los productores frente a los consumidores; c) la 'internalización' de los daños sufridos por los consumidores en los costos de la producción, con el consiguiente control de las actividades productivas"⁴⁷.

En los casos emblemáticos de la responsabilidad civil por accidentes ocasionados por la actividad ferroviaria se aprecia que en una primera etapa para incentivar el desarrollo de dicha actividad económica la empresa no responde por la culpa del conductor. Así, Alpa señala que en el caso de la "(...) 'responsabilidad del empresario'; aquí se prevé que cuando en la conducción de un medio ferroviario o de una locomotora se da muerte a una persona, o se ocasiona daños a cosas, el empresario debe resarcir a la víctima el daño derivado. El resarcimiento no procede si el accidente es provocado por fuerza mayor o por un evento inevitable, si el medio se encontraba en la vía pública, y siempre que no se haya debido a condiciones defectuosas o a la manutención de los rieles, o a error del conductor"⁴⁸.

Acerca de la responsabilidad civil en el sistema germánico, se enfatiza que la responsabilidad objetiva no atenúa la influencia de la responsabilidad por culpa sino que coexisten en un sistema jurídico en donde el factor de atribución subjetivo es aplicado en los casos en que hay que resarcir daños como los no patrimoniales o aquellos que rebasan la cobertura límite de la responsabilidad objetiva. Así acertadamente se señala: "(...) en la legislación especial alemana, el área de riesgo no cubre todo el campo de la responsabilidad imputable al sujeto, porque siempre queda un sector fundado en la culpa, donde la carga de la prueba se impone a la víctima para la obtención del resarcimiento de ciertos tipos de daños (por ejemplo, los daños morales) o

43 *Ibidem*, pp. 898-899, haciendo un análisis histórico y tomando en cuenta el avance de la ciencia y técnica médica así como una posición favorable al paciente señala: "(...) tal complejidad ha obedecido: a la evolución de la profesión liberal misma, ejercida de modo menos 'personal', con una relación menos inmediata entre médico y paciente; a los estadios, cada vez más avanzados, de los descubrimientos científicos y técnicos, y, por lo tanto, a la posibilidad de recurrir, más fácilmente que en otras épocas, a procedimientos terapéuticos más elaborados, detallados, aun cuando inciertos, en algunos casos; al empleo de máquinas, a menudo bastante sofisticadas, en los campos de los diagnósticos, de la terapia, y de la prevención; al intento de impulsar la investigación y las curas hasta el límite de la experimentación, para los casos en los cuales la medicina común no tiene remedios, sino fármacos o procedimientos terapéuticos con poco tiempo de haber sido descubiertos, que permiten mejorar las condiciones del paciente, conjurar un rápido deterioro de sus condiciones de salud, o prolongar su precaria vida; al surgimiento de nuevas exigencias, sea en el campo estético, sea en el campo procreativo, con las cuales se toman en consideración pedidos de intervención o tratamiento médico, preparatorios o curativos, que ni siquiera eran imaginables en épocas pasadas; a la transformación del sector sanitario en un área del derecho público, por la intervención de personal administrativo, o de sujetos sin condición de médicos, en la toma de decisiones y en las elecciones, con las limitaciones (incluso en las prescripciones de fármacos) que ponen en evidencia algunos de los aspectos más relevantes". "(...) si entre el médico y el paciente se ha instaurado una relación de naturaleza contractual, se aplica el criterio de la diligencia profesional (artículo 1176, párrafo 2, del Código Civil), que requiere al médico el ejercicio de una diligencia superior a la del ordinario 'buen padre de familia'. Solo que este criterio es atenuado por la identificación de una obligación de puros 'medios' (y no 'de resultado'), a la cual debe dar cumplimiento el médico, o por el límite del dolo y de la culpa grave, que son tomados en consideración cuando las cuestiones a resolver son de particular dificultad. De tal forma, la culpa leve escapa del control del juez; por lo tanto, el paciente no puede, más allá de la culpa grave o del dolo, y obtener una satisfacción. Normalmente, se sanciona también la culpa media. Y criterios análogos se aplican en caso de que la relación deba considerarse extracontractual: corresponderá al paciente probar la culpa del médico; pero también aquí el juez tenderá a atenuar los criterios sobre la carga de la prueba. Nos encaminamos, por todo lo indicado, hacia un régimen más favorable al paciente, aunque sin abandonar, radicalmente, los principios tradicionales".

44 *Ibidem*, p. 385.

45 *Ibidem*, p. 394.

46 *Loc. cit.*

47 *Loc. cit.*

48 *Ibidem*, p. 399.

para superar los límites máximos previstos para la operatividad automática de la responsabilidad objetiva⁴⁹.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho se ha señalado que: "En el sistema (...) la regla de la previsibilidad del daño obedece a las intenciones de una política del derecho dirigida a contener el daño resarcible: no desincentivar las actividades dañosas que son útiles, de todas maneras, para la sociedad; hacer que la situación sea tolerable para el dañador, y no excesivamente gravosa; ubicar en el mismo plano al dañador y al damnificado, que en la dinámica de las relaciones ocupan por pura chance sus papeles, que son siempre fungibles en otras ocasiones"⁵⁰.

Siguiendo con el análisis económico del Derecho y su aplicación en el *common law* se ha señalado con agudeza que: "(...) el control de causalidad no es solo de los *torts* fundados en la culpa, sino también de los *torts* fundados en la responsabilidad sin culpa (*strict liability*). También en este caso es necesario partir del problema de la previsibilidad de las consecuencias, una vez que el evento ha tenido lugar"⁵¹.

Con respecto a los contratos afectados por el dolo y en donde se ha producido un daño derivado del incumplimiento obligacional se ha señalado que "(...) en los *torts* fundados en el dolo, el control de la causalidad es, obviamente, menos riguroso: todos los daños ocasionados son resarcidos, porque el resarcimiento cumple, al mismo tiempo, una función punitiva y desincentivadora"⁵².

Con referencia al criterio para establecer la cuantificación del daño se ha expresado que: "(...) En cambio, en lo tocante a la previsibilidad del daño en sí —criterio que sirve para establecer el *quantum* a resarcir—, lo que este criterio debe ilustrar es el grado de probabilidad de las consecuencias"⁵³.

Sobre el juicio de responsabilidad para los casos del actuar con dolo o por criterios de atribución objetivos se ha señalado por la literatura norteamericana: "(...) además, el juicio de responsabilidad debe ser realizado para cada tipo de lesión sufrida, aun cuando todas fueran concurrentes o derivantes del mismo hecho. La razón de ello es que

el *duty of care* se desenvuelve distintamente según el tipo de interés que resulta lesionado; asimismo, el test de la *remoteness* debe repetirse para cada (diversa) lesión"⁵⁴.

Finalmente, en este aspecto, sobre la aparente contradicción y contraste legal, doctrinario y jurisprudencial, la doctrina italiana seguida señala: "(...) en conclusión, aun cuando aparentemente el sistema inglés y el sistema italiano operan de manera diversa, en sus resultados da la impresión de acercarse bastante: sea porque en el *common law* la previsibilidad es atenuada por el grado de posibilidad de la consecuencia del daño, de modo que el daño a prever se acerca a la región de la imprevisibilidad (mera previsibilidad); sea porque para ciertos tipos de lesión (por ejemplo, los daños físicos) se reconoce el resarcimiento de todo daño, incluso del daño imprevisible; sea porque la aplicación de la regla *thinskull* comporta que, una vez creado el daño, se soporta en todas sus consecuencias, aunque estas se hayan hecho más gravosas por las preexistentes y anormales condiciones del damnificado, incluyendo aquellas consecuencias provocadas por otros efectos gravosos, pero que se facilitaron por la precedente situación lesiva (tal es el caso de la víctima que no logra coordinar con facilidad sus movimientos por efecto del ilícito ajeno, y que por tener un hándicap que le impide el uso normal de lentes bifocales, cae por las escaleras)"⁵⁵.

La doctrina que vengo siguiendo con referencia a los límites de la responsabilidad civil en relación con los criterios de causalidad imperantes y a la culpa y el dolo así como a la previsibilidad del hecho dañoso señala que: "Existen otros límites a la causalidad, determinados por la intervención de una causa extraña, por la concurrencia de culpas, por el deber de mitigar el daño".

La intervención de una causa externa suficiente para interrumpir el nexo de causalidad entre el hecho y el daño depende, según las clasificaciones de los autores recientes, de eventos naturales, de hechos de terceros, de comportamiento mismos del damnificado⁵⁶.

Es utópico pensar que se van a descartar las actividades por el hecho de ser riesgosas o peligrosas, pues son instrumentales al sistema de desarrollo imperante y, por tanto, lo que la responsabilidad civil debe prever

49 Ibidem, p. 400. Sobre el sistema binario de la responsabilidad civil en Alemania, Alpa señala: "(...) el sistema alemán de responsabilidad civil, también es binario en la organización de los criterios generales, porque prevé, siempre en el sector de la culpa, además de la cláusula normativa general que enuncia los intereses (o bienes) protegidos (art. 823, párrafo 1, BGB), una segunda cláusula se refiere a las leyes que tengan como fin la tutela de los terceros. La culpa consiste, entonces, en la violación de la disposición protectora (*schutzgesetz*)". Ibidem, p. 401. Alpa además sobre la evolución de la jurisprudencia en Alemania continúa señalando: "(...) pero la jurisprudencia, con el paso del tiempo, ha invertido la carga de la prueba; hoy lo que rige es un supuesto de culpa presunta. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 823 del BGB coloca al demandante en una situación más favorable, en comparación con la reservada al demandado: la culpa se presume y el daño puramente económico está comprendido entre los daños resarcibles". Ibidem, p. 401.

50 Ibidem, p. 400.

51 Ibidem, p. 406.

52 Ibidem, p. 407.

53 Loc. cit.

54 Loc. cit.

55 Loc. cit.

56 Ibidem, p. 409. Complementando lo señalado sobre el nexo de causalidad se ha expresado que: "(...) el nexo de causalidad cumple diversas funciones: no solo sirve para reconstruir los eventos y la coligación entre daño y responsabilidad, sino también para seleccionar el área de los daños resarcibles". p. 416.

Asimismo "(...) se ha precisado que la responsabilidad penal considera solo acciones y omisiones, mientras que la responsabilidad civil considera hipótesis de disociación entre el hecho realizado por un sujeto y la responsabilidad signada a otro sujeto; la responsabilidad penal se refiere a un hecho ya producido, mientras que la responsabilidad civil se refiere a un juicio hipotético". Ibidem, p. 417.

Sobre el grado de riesgo necesario se dice que: "(...) el grado de riesgo necesario para la imputación del evento dañoso es variable en función de la gravedad del daño amenazado, de la utilidad de la conducta y del costo de la eliminación de peligro". Ibidem, p. 419.

es el coste de los accidentes en cabeza de quien está en mejor posición para prever el daño o a quien le sea más barato o sencillo predecirlo. Pensar de otra manera es simplemente un sueño que nada tiene que ver con los sistemas de circulación de la riqueza vigentes. Imaginémoslo por un momento que para evitar los costos de los accidentes de tránsito se proscriba el uso de vehículos. El efecto nocivo sería mucho mayor, en este caso lo que corresponde es prever los daños ocasionados por el riesgo creado por la actividad económica y crear los mecanismos para la protección de la víctima o su familia, pero sin desincentivar una actividad necesaria para el desarrollo. No podemos proscribir las intervenciones quirúrgicas bajo el argumento que existen demasiados casos de mala praxis, pues el remedio sería mucho peor que la enfermedad, sino generar los mecanismos que nos proporcione la responsabilidad civil desde el factor subjetivo o desde la aplicación de los criterios del accidente médico desde una óptica objetiva.

En conclusión conceptos como el accidente médico, el alea terapéutica, el seguro social médico, la objetivización de la responsabilidad, la aplicación del principio *in resip-saloquitur*, la *causalidad probabilística*, el factor de atribución subjetivo y la vigencia de la culpa en el sistema de responsabilidad médica son aspectos que debemos abordar para comprender nuestro sistema y es aquí que el derecho comparado como el francés y su Código de Salud Pública de 2002 nos sirven como referente para entender la problemática y buscar soluciones e innovaciones legislativas a la realidad actual en materia de responsabilidad médica.

Es necesario estudiar el desarrollo de la ciencia médica para comprender cuál es el factor de atribución que se debe emplear, pues en función a dicho desarrollo es que veremos si estamos ante una situación que puede ser abordada desde la culpa o desde la responsabilidad objetiva. La medicina es una ciencia que ha tenido una evolución importante, continua, altamente tecnificada en las últimas décadas y bajo este esquema no podemos seguirla viendo como una disciplina tradicional anclada en el siglo XX y desprovista del valor altamente tecnificado de la actualidad. Es increíble cómo la medicina ha avanzado en cuanto a tecnología y modernidad en su infraestructura, aparatos médicos, instrumentos, y en general en sus capacidad para curar sin mayor esfuerzo y mayor complejidad siempre y cuando el profesional esté capacitado para utilizar la tecnología moderna⁵⁷.

Otro aspecto tradicional en la cultura jurídica francesa tenía que ver con las obligaciones de medios y de resultados para lo cual se aplicaba a las primeras el factor de atribución subjetivo y a las segundas el objetivo. Es decir, la

culpa para las obligaciones en donde se exigía diligencia ordinaria, no importando el resultado concreto en función a que era imposible garantizar un resultado positivo por la propia naturaleza de la actuación médica y la característica de la enfermedad, mientras que en las segundas se exigía un resultado concreto en función del avance de la tecnología y, por lo tanto, a la menor dificultad para obtener un logro satisfactorio. En materia de prevención unilateral se asemeja esta a la responsabilidad objetiva. Y en cuanto a la prevención bilateral se le asemeja a la responsabilidad subjetiva.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA ¿CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?

Otro aspecto que es fundamental dilucidar es si en el caso de la responsabilidad civil médica nos encontramos ante una responsabilidad de tipo contractual o de tipo extracontractual. Menudo aspecto el ponerse de acuerdo en doctrina acerca de si es conveniente un sistema de responsabilidad civil dual (contractual y extracontractual) o unificado en un solo tipo de responsabilidad civil. En doctrina comparada es predominante la tendencia a la dualidad mientras que (aparentemente) lo mismo sucede en el escenario doctrinal de nuestro país. Es que el argumento para establecer que deben existir dos tipos de responsabilidad civil se basa en que la existencia o no de una obligación previa al evento dañoso es fundamental para determinar las características y particularidades de cada tipo de responsabilidad y las respuestas que debe ofrecer al dañado el sistema de responsabilidad son evidentemente distintas, así como las exigencias y el coste del accidente que se debe requerir al dañante. Sería inadecuado para esta posición doctrinaria asimilar o confundir en un solo sistema de responsabilidad civil situaciones tan disímiles como las presentadas por el daño causado en una inejecución de obligaciones como cuando esta no existe y se vulnera el deber genérico de no dañar al otro. El análisis del daño, la relación causal, la ilicitud, la carga de la prueba, la imputabilidad, los factores de atribución o criterios de imputación, son criterios que varían, dependiendo si existía o no un vínculo contractual previo. Para los mentores de la unificación de la responsabilidad civil en cambio no interesa sobremanera si existió contrato o no, sino lo relevante es resarcir el daño generado, por lo que parece injusto e inclusive antitécnico separar la responsabilidad en función de la existencia de un contrato preestablecido. Si lo que se busca es reparar al dañado poco importa si el daño se produjo como consecuencia de la existencia de un contrato o no. Este argumento que coloca al dañado en el centro de la responsabilidad civil es el que justifica la adopción de un sistema unificado de responsabilidad civil.

En el caso de la responsabilidad civil médica se aprecian también tendencias que optan por establecer que la

⁵⁷ El profesor Alpa, Ob. cit., p. 902, se ha manifestado con respecto a los criterios objetivos de la responsabilidad civil médica de la siguiente forma: "(...) La cuestión se ha planteado, entre otros supuestos, para la intervención de cirugía estética. (...) ¿Pero si el resultado no se obtiene, y si realizada la intervención la situación original se mantiene, o empeora, se puede imputar responsabilidad al médico? (...) se puede citar el caso de una bailarina de *strip-tease* profesional". Asimismo "(...) se subraya que la obligación de medios no puede considerarse como un artificio para enmarcar la negligencia del profesional. (...) debe tender, objetivamente, a su obtención, es decir, a un resultado esperado, útil para el cliente, al margen de si dicho resultado se consigue o no, en definitiva. En consecuencia, en la medida implicada y requerida por las peculiares características de la relación específica, también el resultado se inserta en la órbita conceptual del deber de información, aun cuando no fluya, *expressis verbis*, del contrato". Ob. cit., p. 902.

responsabilidad médica es contractual, criterio que adopto⁵⁸, como que la responsabilidad civil médica es extracontractual en algunos supuestos como en el caso de que el daño se produzca en un establecimiento de salud al que se concurre por el departamento de emergencia. En un sistema dual como el nuestro determinar si nos encontramos en el caso de la responsabilidad médica ante un sistema contractual o extracontractual es muy importante, pues existen grandes diferencias entre uno y otro sistema en cuanto a los efectos legales a aplicarse, baste señalar un ejemplo, como el plazo de prescripción: 10 años para la responsabilidad contractual y 2 años para la extracontractual.

En este apartado trataremos de fijar una posición en cuanto a las propuestas de unificación de la responsabilidad civil en general y sobre el tipo de responsabilidad civil que corresponde a la mala praxis médica en particular. Las consecuencias que recaen en cada tipo de responsabilidad son completamente diferentes por lo que es necesario tener claro este aspecto.

Autorizada doctrina nacional⁵⁹ ha señalado, refiriéndose a una definición unitaria de la responsabilidad civil que: "Se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado. De ello se deriva la consecuencia que "no es admisible hablar en términos de diversos géneros de responsabilidad, en cambio, solo es posible referirse a varios criterios en razón de los cuales se es responsable (Rodota)".

La doctrina que vengo citando complementa su argumentación acerca de la unificación de la responsabilidad civil cuando señala: "Nótese que en la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones se vulnera también un derecho (el de crédito). **Por consiguiente tanto en este tipo de responsabilidad como en la responsabilidad extracontractual o aquiliana se lesionan derechos o legítimos intereses y ello refuerza la posición que sostiene**

que la responsabilidad civil es una sola y no se justifica una disparidad de tratamiento frente a la reacción por un daño ocasionado. Lejos de identificar el derecho de la responsabilidad civil como un 'derecho de daños' (Díez-Picazo), lo entiendo una técnica de tutela civil de las situaciones jurídicas de los sujetos de derecho"⁶⁰ (el resaltado es nuestro).

Afirmando su crítica a la posición dualista de la responsabilidad civil y acentuando su discrepancia con una división aparentemente maniquea de los sistemas, el autor concluye que las obligaciones legales o convencionales no deben ser una justificante para la división de los sistemas⁶¹.

La posición central de la doctrina nacional autorizada que vengo citando se encuentra en la siguiente argumentación: "Se debe tener en cuenta que más importante que el origen del daño, es la manera de repararlo: en ambas situaciones se ha lesionado una situación jurídica preexistente, la única diferencia es que en una medió una obligación previa y en el otro no. No debería afirmarse de manera excluyente, que en una hipótesis se ha conculcado un deber genérico y en la otra un deber específico, porque en ambas están presentes deberes genéricos y específicos. En mi opinión, el problema no se encuentra en aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniqueístamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado"⁶². Concluye Juan Espinoza su defensa de la unificación "parcial" de los sistemas de responsabilidad civil señalando, coherentemente con su análisis, "**¿cómo debería estar regulada la responsabilidad civil?** Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y a la extracontractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual)"⁶³.

58 VISINTINI, Giovanna. Ob. cit. p. 80, señala, refiriéndose a la responsabilidad contractual: Cuando los jueces civiles construyen obligaciones de seguridad, de protección o de información se mueven en el ámbito de la responsabilidad contractual, que en nuestro ordenamiento ocupa un espacio que va más allá de las violaciones contractuales". Comentando el artículo 1175 del Código Civil italiano. ("El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección") se aduce: "Y es precisamente el artículo 1175 del Código Civil el que constituye la base normativa de la teoría que la doctrina ha concebido al acuñar la expresión "deberes de protección", en el ámbito de la cual han sido clasificados diversos deberes de información, de custodia, de seguridad, de salvamento, cuya violación, según dicha doctrina, puede dar lugar a responsabilidad por daños a cargo del deudor". Ibidem, p. 101. Se termina indicando: "(...) En conclusión, un comportamiento que viola tales deberes de protección, que se presentan como accesorios e instrumentales a la ejecución de la prestación principal, también se califica de incumplimiento y es fuente de la llamada responsabilidad contractual". Ibidem, p. 102.

59 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 6ª edición, Editorial Rhodas, 2011, p. 42.

60 Ibidem, p. 45.

61 Ibidem p. 53, señala: "Esta posición sostiene que las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho pueden ser reguladas sea por la ley o por el contrato, los cuales son conceptos opuestos, por cuanto el 'deber legal' no puede ser asimilado al deber que surge de una 'convención', el primero es de orden público y el último obedece a intereses privados (Mercade citado por Peirano Facio). Es por ello que, en esta doctrina, denominada clásica, se ubica, en mi opinión, inadecuadamente, a la responsabilidad extracontractual (dentro de las fuentes de las obligaciones) y a la responsabilidad contractual (en los efectos de las obligaciones). Esta posición ha sido acogida, a nivel legislativo, por el Código Civil peruano".

62 Ibidem, p. 55. Continuando con la crítica a la legislación nacional y acogiendo la semántica propuesta por la doctrina nacional sobre "responsabilidad obligacional y no obligacional", Espinoza señala: "En atención a ello, el deber genérico del *neminem laedere* se encuentra presente, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Lo que sucede con este último supuesto, es que recae en la generalidad de los individuos. No se olvide que ambos tipos de responsabilidad tienen, desde un punto de vista funcional, la misma finalidad, vale decir, 'la de ejercitar un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, tal de consentir una equitativa distribución de los recursos a través del resarcimiento del daño' (Franzoni). Incluso el mismo término 'responsabilidad contractual' es inadecuado, por cuanto este no solo se presenta en los negocios jurídicos patrimoniales contractuales, sino en otro tipo de figuras que técnicamente no son contratos, a saber: gestión de negocios (art. 1950 del CC), promesa unilateral (art. 1956 del CC), entre otros. En efecto, aún siguiendo, como hace el formante legislativo nacional, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, conviene aclarar que 'nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria'. En tal sentido el capítulo relativo a 'inejecución de obligaciones' comprende la lesión del crédito de todas las relaciones obligatorias, sean estas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual, supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas debería hablarse, con mayor precisión, de 'responsabilidad obligacional' y de 'responsabilidad no obligacional' (Barchi)". Ibidem, p. 60.

63 Ibidem, p. 66. Sobre la exhorbitación de los daños a las prestaciones de la relación obligatoria se ha señalado: "El crear la obligación general de seguridad es producto de un procedimiento que una obligación, que la mayoría de las veces ni siquiera pasó por su imaginación" (PREVOT, Chaia). En verdad, no se entiende por qué se debe tratar de manera

En doctrina nacional la posición del profesor Espinoza no es compartida, por ejemplo, por Leysser León quien critica dos "posiciones" que él sistematiza de la siguiente manera: a) La posición "ontológica" de la unificación, b) La posición "pragmática" de la unificación. El autor señalado cuestiona con mayor énfasis la segunda posición. Así se ha señalado que: "En segundo lugar, en la responsabilidad por incumplimiento se resarcen, como pauta, los daños previsibles al momento de surgimiento de la relación obligatoria porque las reglas de negocio jurídico de origen imponen al deudor la asunción de un sacrificio que debe quedar contenido dentro de los límites de la normalidad. De aquí la exigencia de lograr una proporcionalidad de la sanción resarcitoria, atendiendo a aquellas desventajas que, en circunstancias normales, se enlazan con la inejecución o incorrecta ejecución de la prestación. Nada de ello se presenta en la responsabilidad donde por no existir una prestación debida, no hay como desarrollar, de antemano, ningún juicio de previsibilidad"⁶⁴

Como corolario a las diferencias señaladas por León entre los dos sistemas afirma que: "El sistema, entonces, prevé coherentemente formas de tutela distintas, por un lado, para la protección de una expectativa planificada, para asegurar la ejecución de algo que se prometió; y por otro lado, para la protección de la situación del sujeto que se ve empeorada contra la voluntad del mismo. Por ello, el resarcimiento es solo uno de los remedios ante el incumplimiento en el ámbito contractual, donde se dispone, asimismo, de la excepción de incumplimiento y de la resolución por incumplimiento; en los actos ilícitos, ajenos a las relaciones obligatorias, el remedio por excelencia es el resarcimiento"⁶⁵.

Comentando ya de lleno la responsabilidad contractual o extracontractual de la responsabilidad civil médica debo señalar que, desde mi perspectiva, siempre estamos ante una responsabilidad contractual frente

al ente sanitario sea este de naturaleza pública o privada y no solamente por la responsabilidad objetiva contractual derivada de los actos culposos cometidos por terceros a su cargo, sino también por la infracción de deberes de seguridad o de protección. De otro lado considero que el paciente puede invocar responsabilidad extracontractual frente al médico que lo atendió pero la relación contractual ha sido generada con el ente. De esta manera existen diversos criterios para determinar la responsabilidad civil de la estructura sanitaria y del médico a título personal⁶⁶.

La doctrina italiana más autorizada al referirse a los criterios a adoptar para determinar si en materia de responsabilidad médica nos encontramos ante responsabilidad contractual o extracontractual señala que: "Junto a la responsabilidad médica propiamente dicha se coloca la responsabilidad por omisión de socorro, por omisión de información y por otorgar prematuramente el alta del paciente internado en el hospital, la que también se califica como derivada de un ilícito aquiliano conforme al artículo 2043 del Código Civil"⁶⁷.

Visintini tiene una visión completa de la responsabilidad médica al señalar que: "Se puede coincidir con la calificación de la responsabilidad contractual del ente, pero con la condición de que se conciba la relación entre ente y paciente como derivada de **un contrato atípico en el que las prestaciones a cargo del ente sean complejas y no se reduzcan solo a las sanitarias**; un contrato, pues, que no se asimila *tout court* al de obra profesional como el que se establece entre el paciente y un médico que ejerce la profesión liberal"⁶⁸ (el resaltado es nuestro).

He asumido que la responsabilidad civil frente a la estructura sanitaria es contractual y objetiva para lo cual la norma a emplearse es el artículo 1325 del Código Civil que señala:

diversa el hecho que un consumidor se caiga en un piso encerado si es que ya adquirió un producto o no, si siempre se ha infringido el deber de seguridad, que se encuentra dentro del deber genérico de no dañar: el hecho de haber realizado la compra no lo "contractualiza". Por ello, autorizada doctrina italiana afirma que "no hay objetiva incompatibilidad entre la tutela específica de un interés dentro de una relación obligatoria y la tutela genérica de un deber de cuidado ajeno en la vida de relación" (Bianca). "**Cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extracontractual, el deudor afectado tiene el derecho de optar por la normativa establecida en inexecución de las obligaciones o por aquella diseñada en materia de responsabilidad extracontractual**". Ibidem, p. 63.

64 LEON HILARIO, Leysser. *La responsabilidad Civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Editora Normas Legales, 2004, p. 19. Complementando lo señalado León, para diferenciar, los sistemas y sus consecuencias jurídicas, establece: "La responsabilidad por incumplimiento deriva de la privación al acreedor de aquella ventaja que él tenía la legítima expectativa de obtener. En el caso de los contratos con prestaciones recíprocas, como la compraventa, la situación es más evidente, porque puede haberse ya producido la atribución de una ventaja a una de las partes, mientras que la esperada por la otra se frustra ilícitamente. En oposición, lo que se presenta en la responsabilidad extracontractual es un empeoramiento no querido, como es obvio, del status quo de un sujeto".

65 Ibidem, p. 21. La posición asumida por León entonces se expresa claramente así: "Por cuanto la única y verdadera, y la única admisible, 'unificación de la responsabilidad civil', a saber, la conceptual y funcional constituye una quimera, toda invocación o intento legislativo encaminado hacia la uniformización de dos entidades que han sido, son y seguirán siendo distintas, aunque la ley vuelva comunes algunas de sus reglas, carece de sustento y utilidad". Ibidem, p. 23.

66 Para la jurista italiana Giovanna Visintini, el criterio a utilizar es el siguiente: "Pero, en términos concretos, la ubicación más correcta de la responsabilidad personal del médico es en el sentido de la aplicación del artículo 2043 del Código Civil, porque la relación contractual se instaura casi siempre directamente entre el ente (hospital y casas de *cura*) y el paciente, y no entre el médico y su cliente (excepción hecha de algunos sectores en que se presenta claramente prioritario recurrir a la profesión liberal, como los dentistas o cirujanos estéticos". Ob. cit., p. 275.

67 Ibidem, p. 274. En la doctrina y jurisprudencia italiana también se ha discutido mucho acerca de la opción en materia de responsabilidad médica como acredita la siguiente cita: "Frente a estas hipótesis, queda aun la responsabilidad por incumplimiento de los deberes asumidos directamente por el médico profesional liberal frente al paciente, hipótesis que por otro lado, ha quedado bastante fuera de las controversias y, por tanto, del derecho jurisprudencial, pero que es todavía considerada abstractamente por los jueces en que la lesión del derecho a la integridad física del sujeto da lugar a un cúmulo de acciones de resarcimiento del daño contractual y extracontractual y que, de verificarse, la responsabilidad del ente sanitario se configura como indirecta, esto es, por hecho ajeno". Ibidem, p. 274.

68 Sobre la responsabilidad del ente, no por el mero hecho del médico a cargo, con rigor se ha pronunciado la doctrina que sigue: "(...) sin embargo, se debe tener en claro que el incumplimiento, que constituye el fundamento de la responsabilidad del ente, es un incumplimiento de los deberes propios de este y no simple y exclusivamente la extensión a él, a título indirecto, de la violación de deberes que recaen sobre los dependientes del servicio sanitario". Ibidem, pp. 277. En otro apartado la autora señala al respecto: "Tanto es así que la jurisprudencia registra sentencias que condenan a los entes hospitalarios por daños imputables no solo a hechos ilícitos del personal sanitario, sino también al mal funcionamiento del sistema y a la insuficiencia organizativa. (...) la responsabilidad del ente hospitalario gestor de un servicio sanitario, frente a un privado que ha requerido (y usufructuado) el servicio, es de naturaleza contractual de tipo profesional. Dicha *massima* confirma la corriente que ve en el hospital un deudor de un servicio compuesto, es decir, comprensivo de las prestaciones de cura y de las organizativas correspondientes a la seguridad de las instalaciones y el instrumental, a la alimentación, a la sistematización logística y a los turnos de asistencia y vigilancia". Ibidem, p. 278.

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario”.

Como se trata de responsabilidad civil contractual el tema de la carga probatoria debe regirse por lo señalado en el artículo 1330 del Código Civil que establece:

“La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

De una lectura literal del artículo en comento sería necesario probar, por parte del dañado, el dolo o la culpa del tercero del cual se vale la estructura

sanitaria, es decir del médico. Sería mucho más sencillo aplicar el criterio de inversión de la carga de la prueba regulado en el artículo 1969 del Código Civil, sin embargo, estaríamos encuadrados dentro del marco de la responsabilidad extracontractual. Considero que aun estando en aplicación del sistema de responsabilidad contractual debe aplicarse la inversión de la carga de la prueba mediante la utilización de teorías como la causalidad probabilística o la *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), pues sería totalmente arbitrario exigir al dañado que pruebe el dolo o la culpa del médico o auxiliar cuando lo más probable es que se presente una situación asimétrica⁶⁹.

69 VISINTINI, Giovanna. Sobre el aspecto probatorio señaló que: “La corte definió la responsabilidad del ente como contractual y este *dictum*, a juicio de los intérpretes, tuvo el efecto de influir en la adopción del régimen probatorio previsto por el artículo 1218 del Código Civil, en el sentido de que la culpa del cirujano se presume a través de la técnica de la presunción simple: del empeoramiento se deduce la inadecuada y no diligente ejecución de la prestación profesional”. Al respecto la maestra genovesa establece: “En efecto, en el campo de aplicación del artículo 1228 es válida la regla probatoria establecida en el artículo 1218 del Código Civil, en virtud de la cual el acreedor damnificado debe probar solo el incumplimiento y no es a su cargo la prueba de las causas de este. No le corresponde al acreedor demostrar que el hecho se ha debido al hecho personal del deudor o al de un colaborador suyo. De donde surge que el artículo 1228 del Código Civil está fundado en la idea de que el deudor debe garantizar la obra de sus auxiliares y debe responder por las disfunciones causadas por la red de ellos, con prescindencia del carácter ilícito del comportamiento, y no solo –obsérvese– de los llamados internos, sino también de los externos. Esta es una opinión muy difundida en la doctrina que ve en la norma una de las bases legislativas sobre las cuales se puede fundamentar la responsabilidad”. Ob. cit., pp. 275-276.