

El Régimen de Responsabilidad en Argentina y en Perú

Germán Melni

german@inpaco.com

Introducción

En este trabajo nos propusimos realizar un contraste entre el régimen de Responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico y el de Perú. En el cual, se tendrán en cuenta los principios de responsabilidad civil, los factores de atribución, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, entre otros.

Seguidamente, haremos un análisis exhaustivo sobre la responsabilidad profesional médica, para luego corroborar si la misma esta prevista en el ordenamiento peruano, señalando sus similitudes y diferencias.

Desarrollo del Trabajo

En principio, la responsabilidad puede ser entendida en distintos sentidos:

1. En una concepción amplia, se puede entender por responsable a todo el que debe cumplir. Se abarca la conducta debida y la sanción por no adecuarse a ella.

2. También se puede calificar como responsable al deudor que no ha cumplido y esta sujeto a las acciones del acreedor. Por lo cual, al no haber honrado una obligación, o sea al comportamiento debido como prestación, el acreedor tiene derecho a ejecutarlo forzadamente, obtener la ejecución por otro a su costa, o reclamarle indemnización. Así, esta responsabilidad implica la actuación de mecanismos legales para que el acreedor se satisfaga de una u otra manera, en defecto de cumplimiento espontáneo por parte del deudor.

3. En sentido estricto, podemos decir que es responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama indemnización. Esta es la acepción que comúnmente se da al concepto de responsabilidad, en cuanto concierne al deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento.

Cuando la conducta del hombre no se ajusta a la señalada por la ley o por el contrato se impone una sanción resarcitoria, es decir el restablecimiento de la situación al estado anterior o su equivalencia indemnizatoria si aquello no fuera posible. Entonces responsabilidad significa, en definición de diccionario, la calidad o condición de responsable y la obligación de reparar y satisfacer por si o por otro, toda pérdida, daño, o perjuicio que se hubiera ocasionado; ello implica, de suyo, aceptar las consecuencias de un acto realizado con capacidad, voluntad y dentro de un marco de Libertad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto se debe tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico establece principios en la Responsabilidad Civil.

Cabe recordar, que estos principios son ciertas proposiciones que sirven como premisas del sistema, o como reglas que le permiten elaborarlo.

El primer principio que vamos a enunciar es el de "Relatividad de los Derechos Subjetivos", es decir, ningún derecho es ilimitado.

El segundo principio es el de Reserva, el cual significa, que no hay deber ni trasgresión sin norma que lo imponga; este principio deriva directamente de la noción de seguridad, puesto que es preciso saber a que atenerse. Vale agregar, que surge del artículo N° 19 de la CN.

El tercer principio es "Neminem Laedere" (no dañar a nadie). Este principio rige con independencia de cualquier estipulación al respecto, por la mera convivencia social; es decir, es una garantía de paz en ella.

El cuarto principio plasma el deber de responder por los actos propios, no ajenos; esto aparece consagrado respecto de los actos positivos y de los actos negativos; atañe al problema de la causalidad como respuesta a quien o que ha desencadenado un consecuente ; y rige, inclusive, en la responsabilidad indirecta en que, por lo general, hay como subsuelo cierta acción u omisión de la persona en quien se refleja la responsabilidad y a quien se le exige el deber de reparar.

El quinto principio es el de "imputabilidad Subjetiva", el cual establece que no hay responsabilidad sin culpabilidad, a la vez no puede haber culpabilidad sin que el acto principie por ser voluntario en sentido jurídico, esto es, obrado con discernimiento, intención y Libertad.

El sexto principio es el de agravación para el tratamiento en caso de dolo.

Sobre este principio, Ihering va a sostener que "el doloso va a responder de manera absoluta por todo el daño".

El séptimo principio "Pacta Sunt servanda", esto implica que no hay que dañar a los demás a través del incumplimiento de la palabra empeñada en la convención de las partes.

El octavo principio, es el de "Buena Fe", que puede ser "Buena Fe - Creencia o Buena Fe Probidad".

Hay buena fe - creencia cuando versa justificadamente acerca de la titularidad de un derecho.

La buena fe -probidad importa el comportamiento leal, el comportamiento honesto, en la celebración y cumplimiento del acto y es presupuesto del reconocimiento de ciertas facultades o derechos subjetivos.

La responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos:

- El incumplimiento objetivo o material (Antijuridicidad). Consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber general de no dañar. (ilicitud contractual).

Sin embargo, también se da el caso de ilicitud extracontractual, que esta regido por el artículo 1066, en el cual, se sostiene que ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales, o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiere impuesto".

- Un factor de atribución de responsabilidad. Esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Tal factor de atribución puede ser subjetivo (culpabilidad) u objetivo.

- El daño. Consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible.

- Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño; es decir, que no pueda predecirse del hecho que es causa (fuente) de tal daño.

No obstante lo expuesto con anterioridad, consideramos importante y a fin de continuar con el análisis propuesto en el presente trabajo acerca del régimen de responsabilidad definir que es el daño. El daño en sentido estricto es la lesión, menoscabo, mengua, agravio de un derecho subjetivo, que genera responsabilidad, En la esfera contractual el daño es presupuesto de resarcimiento y en el campo extracontractual no hay acto ilícito punible "si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar" sea que recaiga "sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona".

Entonces en sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; y en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial. Este último significado es importante en materia de responsabilidad civil.

Clasificación de responsabilidad

Entendidos los distintos sentidos que se le pueden dar al término responsabilidad podemos decir que la responsabilidad jurídica juega en dos esferas distintas: la de responsabilidad penal y la de responsabilidad civil. En la responsabilidad civil existen las orbitas contractual y extracontractual, que tienen génesis distintas que condicionan regulaciones más o menos diversas, con diferencias en todo caso apreciables. Esta responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado: cuando hay una concretada obligación de dar, de hacer o de no hacer algo, como por ejemplo: cuando María vende a Federico un libro, queda obligada a entregárselo, y si no cumple, la transgresión de ese deber de entrega genera su responsabilidad contractual.

A diferencia de esto, la responsabilidad se enrola en el área extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no dañar), e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley, y que rige por el mero hecho de la convivencia social.

Diferencias de régimen entre responsabilidad contractual y extra-contractual:

1. GENESIS: El origen de la responsabilidad contractual es una obligación preexistente que es incumplida; el de la responsabilidad extracontractual, es la violación de un mero deber no obligacional.

2. ESTRUCTURA: En tanto la responsabilidad contractual sustituye o se adiciona a la obligación preexistente, el deber de resarcir daños y perjuicios a causa de un hecho ilícito aquiliano implica una obligación nueva.

3. EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD: La responsabilidad extracontractual es más amplia que la contractual. En un hecho ilícito se responde de las consecuencias inmediatas y mediatas y, en ciertos casos, de las casuales; ante el incumplimiento contractual, solo de las consecuencias inmediatas necesarias si hay culpa, y de las mediatas si hay dolo.

4. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA: En la responsabilidad contractual rige, como regla, el plazo de 10 años; en la extracontractual, el plazo es de dos años.

5. EDAD DE DISCERNIMIENTO: Para los actos lícitos se adquiere a los 14 años, y para los ilícitos a los 10 años

6. CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA: En la responsabilidad contractual la carga de la prueba de la culpa está distribuida según se trate de obligaciones de resultado o de medio. En la responsabilidad aquiliana la regla es que el acreedor pruebe la culpa del deudor, no obstante que tal regla aparezca sepultada, en los hechos, por los casos de daños con intervención de cosas.

7. PRODUCCIÓN DE LA MORA: Mientras en el hecho ilícito la mora se produce automáticamente, en el contrato ello se da solo en algunas hipótesis,

8. JUEZ COMPETENTE POR RAZÓN DEL LUGAR: En las acciones derivadas de responsabilidad contractual es juez competente el del lugar convenido para el pago o, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él al ser notificado de la demanda. En las derivadas de un hecho ilícito, 10 es "el del lugar del hecho o el del domicilio del asegurador si la víctima lo cita en garantía.

9. JUEZ COMPETENTE POR RAZÓN DE LA MATERIA: La responsabilidad emergente de ciertos contratos debe ser ventilada ante fueros especiales; las acciones de responsabilidad extracontractual se plantean ante el fuero civil.

Asimismo, es destacable, los criterios modernos de responsabilidad civil.

Hoy en día evolucionó la responsabilidad civil, es decir, de una deuda de responsabilidad se pasó a un crédito de indemnización.

Actualmente, - como sostiene Ripert - el ojo de la justicia está puesto del lado de la víctima.

En esta nueva concepción se diluye el requisito de antijuridicidad consagrado en el artículo 1066 del Código Civil.

Además, se desnaturaliza el elemento voluntarista de la culpa, al suprimir la exigencia de que provenga de un obrar con discernimiento, intención y libertad; tal es el mecanismo de culpa objetiva.

A veces se presume la culpa, por lo cual, el demandado tiene la carga de probar la negligencia, cualquier falla en esa demostración lo responsabiliza.

Actualmente se campea la responsabilidad objetiva y se conceden indemnizaciones de equidad.

También se debe agregar que se amplía el espectro de obligados a la reparación, consagrando responsabilidades plurales.

Concepto de Responsabilidad Civil en Perú.

Jorge Mosset Iturraspe afirma que la "responsabilidad civil no es otra cosa que el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro". La colombiana Visser del Pino sostiene que la responsabilidad civil es "la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación".

Las definiciones recién citadas, consideran a la culpa como único factor de atribución; sin embargo, en la actualidad, se consideran a otros factores que coexisten con la culpa, entre ellos tenemos al riesgo en sus diversas variantes (riesgo adicional, riesgo creado, riesgo beneficio y riesgo empresa) que va ganando terreno en la doctrina y las legislaciones; por lo que dichas concepciones, de corte subjetivo, actualmente resultan muy restringidas, pues dejan fuera a todos los casos de responsabilidad objetiva.

Para definir a la responsabilidad civil en este contexto, debemos tener en cuenta que en determinados casos, frente a un daño, no solo tiene el deber de responder su autor, sino también un tercero que presente alguna relación con el autor del daño, dichos casos son la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas. Además, la definición debe abarcar los dos regímenes de responsabilidad civil, es decir, el contractual y el extracontractual.

En base a lo recién expuesto, podemos concluir sosteniendo que la responsabilidad civil puede ser definida como la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación objetiva o subjetiva, de reparar un daño causado a otro por la violación de una obligación convencional o legal, resultante de un hecho propio, ajeno o de las cosas.

Al analizar la definición podemos destacar los elementos esenciales de la responsabilidad civil: 1) La existencia de un daño causado a otro, 2) La obligación de repararlo, 3) El sujeto de derecho como único susceptible de adquirir obligaciones, descartando a las cosas y a los animales, 4) El daño como resultado de la violación de una obligación convencional, que es materia del régimen de responsabilidad civil contractual, 5) El daño como resultado de una obligación legal u obligación de no dañar a nadie, "alterum non laedere", que es materia del régimen de responsabilidad civil extracontractual, 6) El daño como resultado de un hecho propio, ajeno o de las cosas; es decir que la definición propuesta comprende tanto la responsabilidad directa (por hecho propio) como la

responsabilidad indirecta (por hecho ajeno o de las cosas); y, 7) El factor de atribución que puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva.

Breve análisis del código civil peruano en el transcurso del tiempo.

CÓDIGO CIVIL DE 1852

En principio, el codificador de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivación de la responsabilidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización: “En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria.” (Art. 2022).

Con este numeral, se dio uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso de coexistir éstos en el caso concreto.

CÓDIGO CIVIL 1936

Este código, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa, aunque con algunas excepciones, no reguló el daño moral contractual (la jurisprudencia lo introdujo), pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el Art. 1148: “al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima.”

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele, así, un carácter subsidiario.

La evolución del tratamiento de este tipo de año fue iniciada a nivel doctrinal nacional por León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato.

En el supuesto específico de ruptura de esponsales también se contempló, en el Art. 79, la indemnización por daños inmatrimoniales, al referirse a los derechos inherentes a la personalidad del desposado perjudicado. Los esponsales crean en los desposados una obligación moral u no jurídica de celebrar matrimonio, por lo que no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento de dicho acuerdo. Sin embargo, el rompimiento de dicha promesa, en forma unilateral y sin justa causa, obliga a la parte culpable a reembolsar al otro o a terceros los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio, solución que busca trasladar el daño patrimonial a quien lo ha producido, a pesar de que no resulta exigible cumplir la promesa matrimonial.

CÓDIGO CIVIL DE 1984

El vigente código civil, que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosos y peligrosos) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la extracontractual.

Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

Art. 1322: El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Responsabilidad extracontractual:

Art. 1984: el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Art. 1985: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora de daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extrapatrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, si se ha producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta. Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el Art. 17 del código civil, son el de igualdad entre varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor. Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como el de los derechos fundamentales en general, además de las acciones (civiles o constitucionales) que pueden ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuricidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será

objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda).

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, que fue el más innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o trasgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos a casos a seguros, pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

La responsabilidad civil en el Código Civil Peruano.

El Código Civil Peruano, mantiene las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual de un modo tradicional. A mayor abundamiento, la primera de ellas encuentra su marco legal en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI "Las obligaciones" (Art. 1132 a 1350); y en cuanto a la segunda, es tratada en la Sección Cuarta del Libro VII "Fuente de las obligaciones" (Art. 1351 a 1988). El contrato es considerado como una de las fuentes de las obligaciones, empero el incumplimiento contractual recibe tratamiento en el Libro previa al de las fuentes de las obligaciones, visto así, se prioriza en su tratamiento la diferencia de la fuente de la cual surge la obligación: contrato y daño causado al margen de una relación contractual.

Otra diferencia entre las orbitas de la responsabilidad contractual y extracontractual dentro de la legislación peruana, radica en la ideología de la relación causal aplicable y, por ende el alcance de la reparación debida. En cuanto a la esfera contractual, y por aplicación del segundo párrafo del artículo 1321 del citado cuerpo normativo en cuanto reza "Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable .. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío a defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución..." , puede advertirse que la misma adhiere a la teoría de la causa próxima.

Por el contrario, y para el supuesto de la responsabilidad extra-contractual, el Art. 1985 indica: "Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. ", de ello se extrae un sustento causal distinto al supuesto analizado previamente, basado este último en la regla de la experiencia, según la cual se debe basar la determinación, en aquello que regularmente habría ocurrido según el orden y secuencia de los acontecimientos, opción la cual tiene mayor acogida tanto doctrinal, como legislativa y jurisprudencialmente.

En tercer lugar, una diferencia advertible entre ambos ámbitos, radica en los factores de atribución de responsabilidad. Mientras que en materia de responsabilidad contractual la culpa es el único factor de atribución previsto (Art. 1321), en la opción aquiliana existen diversos factores como lo son: 1) el riesgo creado por el uso de bienes peligrosos o actividades riesgosas (Art. 1970), la responsabilidad del dueño de un animal (Art. 1979), por la ruina del un edificio (Art. 1980); b) la condición de dador de trabajo (Art. 1981); c) la condición de representante de incapaces (Art. 1975 y 1976); d) la equidad (Art. 1977), entre otras. Todas ellas tienen su basamento en factores de atribución objetivos, lo cual reviste una gran similitud con las disposiciones del art. 1113 de nuestro ordenamiento, el cual establece el deber de reparar en cabeza no solo de quien cause el daño (art. 1109 en el caso) sino también en contra de quien se sirva de la cosa riesgosa o viciosa. e incluso por hechos de terceros, como ser el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente.

En cuarto lugar, una diferencia radical entre ambos regímenes recae en la extensión del resarcimiento a partir de la aplicación del grado de culpa, en el caso de las obligaciones contractuales, probado el incumplimiento del deudor (a saber, la relación de causalidad) se presume la culpa leve (Artículo 1329.- Presunción de culpa leve. Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.), mas para el supuesto de invocarse dolo o culpa grave del incumplidor, el extremo debiera ser probado por la víctima del suceso dañoso (Artículo 1330.- Prueba de dolo y culpa inexcusable. 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.), por ello es que la indemnización en el supuesto alcanzara a los daños previsibles al tiempo en que se contrajo la obligación (art. 1321 in fine, en estrecha relación con los temas precedentemente expuestos en cuanto a la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada), y solo si se acredita la culpa grave o dolo el deudor responderá de todas las consecuencias inmediatas y directas, previsibles o no (art. 1321, parr, 2°). A contrario sensu, en la esfera de la responsabilidad extracontractual, se presume el dolo o la culpa no existe restricción alguna de los daños

indemnizables, conforme las disposiciones del art. 1985 del citado cuerpo normativo, ello en consecuencia de la presunción del dolo o culpa grave del autor del comportamiento lesivo (Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro esta obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.) quedando en cabeza del mismo acreditar y demostrar que por su parte no hubo culpa ni dolo, a fin de desvirtuar o exonerarse del deber de reparar.

Por ultimo, y en coincidencia con la legislación argentina, otro contraste entre los diversos regimenes se encuentra en los plazos de prescripción, la cual opera a los dos años de sufrido el daño para el caso de la responsabilidad extracontractual: y de diez años para la contractual, lo cual se condice exactamente con la legislación de nuestro país, con la salvedad del régimen excepcional que rige el contrato de transporte, y según el cual, a pesar de tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, la prescripción liberatoria opera luego de UN año de acaecido el evento dañoso.

En cuanto a la prueba del daño, y conforme la regla del Artículo 1331 en cuanto dispone "Prueba de daños y perjuicios. La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.", al igual que en nuestro país, es carga del beneficiario de la indemnización demostrar el alcance del daño sufrido, lo cual reviste lógicamente una vital importancia, máxime si se tiene en cuenta que en el ámbito extracontractual siquiera existe un limite al reclamo, o mejor dicho, el reclamo no puede verse limitado en ninguno de los rubros pretendidos. Aun así, existen los supuestos en que la cuantía del daño sufrido es materialmente imposible de determinar, para dichos casos, rigen las disposiciones del Artículo 1332.- Valorización equitativa del resarcimiento, que en su parte pertinente dice: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su manto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa", a pesar de ello, dicha normativa es ampliamente aplicada por los tribunales del Perú, como herramienta de compensación, a fin de obtener un equilibrio, permitiendo al juez par nociones de equidad, adecuar las pretensiones que son sometidas a su jurisdicción. No esta demás aclarar que dicha interpretación, si bien reviste cierta habitualidad, ha generado en su contra una innumerable cantidad de criticas, ya que a pesar de ser el elevado criterio de quienes aplican la ley como ser los jueces, no puede una interpretación amplia de una norma dejar librado casi exclusivamente al arbitrio del mismo los derechos a reparación de danos sufridos por las victimas, mas aun como es públicamente conocido en un país donde la corrupción es moneda corriente.

El intento de reforma del Código Civil Peruano. El proyecto de reforma al Código Civil Argentino como Fuente

Extraoficialmente se intenta una reforma legislativa, unificadora de los institutos de responsabilidad. La cual versa a grandes rasgos sobre:

Establecer principios uniformes de resarcimiento, independientemente del origen del deber de reparar.

introducción de la noción de "daño injusto", dejando de lado la aplicación de la antijuridicidad o ilicitud como requisito de responsabilidad civil, de no existir causa de justificación, el daño es injusto.

Dejar en manos del juez la apreciación sobre aplicación del factor de atribución.

Establecer una regla (mica de extensión del resarcimiento, postulando la reparación integral del daño (daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona).

Facultar al juez a decidir sobre la reparación en especie, o monetaria, dependiendo de la onerosidad que una u otra represente.

Habilitar la posibilidad de la victima de requerir una renta vitalicia en concepto de indemnización para los casos de daños permanentes e irreversibles

Otorgar al juez la posibilidad de incrementar el monto de la reparación en virtud del comportamiento del victimario (factor de valoración absolutamente subjetivo).

En materia contractual, se postulan también cambios en cuanto a la mora, estableciendo como regla la mora automática en las obligaciones a plazo. Respecto de la cláusula penal la propuesta de reforma previo la posibilidad de reducción de la misma, a pedido del interesado cuando la misma revista carácter de abusiva (para cualquiera de los extremos, por excesiva o insignificante).

En materia extracontractual, los aspectos a destacar son, en cuanto a la culpa y dolo que con la actual redacción del Art. 1969 se presumen, la reforma prevé únicamente el descargo por falta de culpa; por otra parte, se eximiría de responsabilidad quien actue en estado de necesidad; el hecho de la victima como causa exclusiva exoneraria de responsabilidad, empero como causa concurrente serviría como atenuante de la misma. En cuanto al daño colectivo, y para el supuesto de imposibilidad de individualizar al / los autor / es del daño, la reforma establece la solidaridad en la reparación del daño, sin perjuicio del derecho a repetir a favor de quien repare los danos.

Por ultimo, existen 3 consideraciones de vital relevancia en cuanto a las reformas propuestas, ellas son: 1) liberación de responsabilidad de los profesionales en caso de culpa leve; 2) el mero

interés (moral y/o económico) legítima a interponer o contestar una acción; 3) se sugiere un plazo único de prescripción de 4 años, independientemente del origen.

En cuanto a la injerencia que el proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en la mencionada propuesta, es principalmente respecto del tratamiento que da al tema responsabilidad civil, no solo en cuanto a su marco organizativo (en secciones, lo que no sólo facilita considerablemente su empleo, sino que implica una notable coherencia en su articulado, evitando de esta manera innumerables posibles errores de interpretación), sino que es de gran valor las nuevas visiones como por ejemplo la superación que divide los campos de la responsabilidad, al señalar que todas las normas son aplicables cualquiera sea la fuente del deber jurídico de reparación o bien de cumplimiento. Otra coordenada es el abandono del requisito de la antijuridicidad, adoptando el nuevo criterio del daño injusto.

Asimismo, el proyecto introduce un nuevo concepto, que es el del deber de prevención del daño, la que se obtiene por medio de un mecanismo triple, la consagración del deber de evitar el daño, la asignación de virtualidades a las medidas técnicas tendientes a evitarlo, y la tutela inhibitoria.

Por último, pero no por ello menos importantes, otros ítems poseen una considerable influencia en el proyecto indicado, a saber, el tratamiento de la responsabilidad precontractual (sección tercera); los factores de atribución, el proyecto faculta a los particulares establecer cuales serán para el caso concreto; la opción unificadora de la relación causal, adoptando la teoría de la causalidad adecuada, poniendo fin de tal manera a la dualidad existente; las formas de reparación previstas: reposición al estado anterior a la producción del daño, restitución de lo que se debe devolver o lo que se obtuvo indebidamente, resarcimiento del daño patrimonial, satisfacción del daño extrapatrimonial, etc. Todas ellas, directrices elaboradas por notables juristas de la República Argentina, que han resultado en una innegable fuente de inspiración y de consulta para la redacción del proyecto de reforma del Código Civil Peruano.

Responsabilidad especial

La responsabilidad especial elegida por nosotros fue la responsabilidad médica. A modo de poder desarrollar de manera correcta el presente trabajo hemos decidido como primera medida hacer un análisis de los que es la responsabilidad médica en Perú y luego en Argentina por separado para luego poder hacer la comparación.

- Responsabilidad Médica en Perú

Es la obligación de los médicos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y cuidados, adecuados en la asistencia de un paciente.

- Responsabilidad Profesional.

Cuando el profesional por dolo, imprudencia, negligencia, etc. ocasiona un daño en la persona que ha requerido sus servicios. La Responsabilidad del Médico se inicia con el Juramento (de la Declaración de Ginebra, 1948) de un buen desempeño de la profesión y desde la inscripción en el Colegio Profesional (C.M.P.) y en relación con el cliente (paciente) que es de naturaleza contractual; existiendo deberes comunes para la mayoría de profesiones, como son: Deber de Lealtad, Secreto profesional e Indemnización del daño que hubiera ocasionado. La responsabilidad médica es una variedad de la responsabilidad profesional.

- Praxis y mala praxis

La PRAXIS MÉDICA se fundamenta sobre el conocimiento de las ciencias médicas. El primer aspecto surge de la relación médico - paciente y el segundo se inicia con la Universidad a los que se agrega el Post Grado, labor del Colegio Médico del Perú y de la Sociedad Médica respectiva.

Cuando se violen las normas del adecuado ejercicio profesional queda configurada la MALPRAXIS, la cual se define como la "omisión por parte del Médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da como resultado cierto perjuicio a este", o también "cuando el médico a través de un acto propio de su actividad, y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo"; es decir consta de dos partes: 1. El médico deja de cumplir con su deber. Y 2. Causa un perjuicio definido al paciente.

Elementos constitutivos de la responsabilidad médica

I. Obligación preexistente, es decir, la que asume el médico en virtud del compromiso previo, sea de carácter contractual o de naturaleza legal.

Antijuridicidad: Desde el acto ilícito hasta el incumplimiento contractual o la violación de una obligación.

3. Daño.-
4. Factor de atribución: culpa o dolo.
5. relación de causalidad.

Régimen legal

Los médicos están sujetos a La ley general de la salud N° 26.842, Artículo 22°.- Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina , odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley.

La ley en su Título Preliminar Numeral IV establece: "la salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado".

La Salud es un bien jurídico protegido por el Estado y Derecho Peruano en un doble aspecto:

a.- Como un bien jurídicamente tutelado: En el sentido de que todo daño que se produzca en la salud del individuo será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

b.- Como valor: Frente al cual el Estado debe organizar y / o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y rehabilitación, en los supuestos que la salud se altere por factores personales, socio ambiental, laboral, etcétera.

Naturaleza jurídica de la responsabilidad

Aquí también como en la Argentina se encuentra controvertido el tema de la responsabilidad.

Responsabilidad Contractual: Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser tácito o consensual), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal. Se desprende de los artículos 1314, 1317 Y 1321 del Código Civil.

Tipos de culpa.-

El Código peruano ha establecido la diferenciación de la extensión del resarcimiento de los daños en función a si se obro con dolo o culpa. Distingue entre culpa grave o leve. Par el art. 1314 establece que "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable para la inexecución de la obligación a para su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" por lo tanto el deudor podrá liberarse de la responsabilidad probando la ausencia de culpa,

Distingue dos tipos de culpa la grave V leve

- Culpa Profesional: Es cuando se han contravenido las reglas propias de una actividad, o sea hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia.
- Culpa Medica: Es una especie de culpa profesional.

Formas de Culpa Medica

- Impericia: Es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Es decir, es la carencia de conocimientos ínfimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión medica.
- Imprudencia: Es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones: es decir, es la carencia de templanza o moderación.
- Negligencia: Es el descuido, omisión o falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto medico. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio medico.

El fundamento de la incriminación por Imprudencia y Negligencia es la IMPREVISION por parte del medico de un resultado previsible. "La responsabilidad llega hasta donde alcanza la previsibilidad".

Responsabilidad extracontractual: Es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como "Aquiliana". Su aplicación en el campo medico es excepcional (por ejemplo, asistencia medica por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental. accidente, shock).

Ambito de la responsabilidad medica

Con la responsabilidad contractual se responde el daño emergente como el lucro cesante, consecuencias inmediatas y directas de tal inexecución.

Por culpa leve se responde por las consecuencias inmediatas.
Si es extracontractual se extiende a las consecuencias mediatas.

Prescripción

Son 10 años para la responsabilidad contractual y 2 años para la responsabilidad extracontractual.

Factores de atribución.

- **Dolo:** Hay intención deliberada de hacer daño. Estamos frente a una acción criminal que tendrá responsabilidad penal, civil y ética. Por ejemplo: Aborto, Certificado falso. La Responsabilidad es plena.
- **Culpa:** Falta necesariamente la intención de dañar, pero hay una negligencia, desidia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia, que produce perjuicio a otro o que frustra el incumplimiento de una obligación, y debe ser imputada a quien la causa.
- **Caso Fortuito:** Los hechos son extraños al hombre, ocurren por azar, es decir, es una consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. El médico no ha previsto el resultado porque este no era previsible, por lo tanto no puede serle imputado.

Inobservancia de normas y procedimientos: Es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrito, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente.

Es obligación de los médicos de informar detalladamente a los pacientes sobre: la enfermedad, los exámenes, los riesgos y sobre todos los procedimientos a realizarse. Se debe documentar adecuadamente toda la información revelada por el paciente y la entregada por los médicos, conservar los consentimientos, entre otras.

La ley general de la salud es muy amplia regula los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la salud de terceros. El ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud. Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo. Los productos farmacéuticos y galénicos, y de los recursos terapéuticos naturales. El control nacional e internacional de las enfermedades transmisibles. Los alimentos y bebidas, productos cosméticos y similares, insumos, instrumental y equipo de uso médico-quirúrgico u odontológico, productos sanitarios y productos de higiene personal y doméstica. Las sustancias y productos peligrosos para la salud. La higiene y seguridad en los ambientes de trabajo. La protección del ambiente para la salud. El fin de la vida. La información en salud y su difusión. La Autoridad de Salud. Las medidas de seguridad, infracciones y sanciones. En la misma ley habla del trasplante de órganos, art. 41.

Casos de responsabilidad

La responsabilidad del médico debe apreciarse con criterio casuístico, según las circunstancias particulares de cada caso.

A) **advertencia al enfermo:** el médico tiene el deber de advertir al enfermo los riesgos por el tratamiento recomendado o por la intervención quirúrgica aconsejable; este deber no alcanza las intervenciones sin trascendencia.

b) **consentimiento,** en principio, el médico no debe emprender ningún tratamiento ni ninguna intervención sin haber obtenido el consentimiento del enfermo.

c) **diagnóstico.** El error de diagnóstico responsabiliza al médico por los daños que sufre el paciente como consecuencia de haber seguido por ello un tratamiento inadecuado, o haberse sometido a una intervención quirúrgica innecesaria. Desde luego que el error debe ser grave e inexcusable.

d) **tratamiento.** Igualmente, el médico es responsable en el caso de haber aconsejado un tratamiento equivocado por error grave e inexcusable.

e) **intervención quirúrgica.** La actividad profesional del cirujano presenta aspectos particulares cuando se trata de intervenciones quirúrgicas. En principio el cirujano que se equivoca no es responsable, si no incurre en algún grave error no tolerable o en alguna falta inexcusable en las personas que se dedican al mismo oficio.

La carga de la prueba

En regla general en un proceso civil, el que alega los hechos debe probarlos.

Responsabilidad jurídica.

Es la obligación de las personas imputables de dar cuenta ante la justicia de los actos realizados contrarios a la ley y sufrir las consecuencias legales.

Tipos de Responsabilidad Medica.

- De acuerdo al fuero:

Responsabilidad Civil: Deriva de la obligación de reparar económicamente los danos ocasionados a la víctima.

Responsabilidad penal: Surge del interes del Estado y de los particulares, interesados en sostener la armonia juridica y el orden publico; por lo que las sanciones (penas) son las que impone el Código penal (prisión, reclusión, multa, inhabilitación).

- De acuerdo a la Técnica jurídica:

Responsabilidad Objetiva: Es la que surge del resultado dañoso, no esperado, que el accionar del medico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe.

Responsabilidad Subjetiva: Es la que surge de la subjetividad del medico, puesta al servicio de una determinada acción penada por Ley, (por ejemplo abortos, certificados falsos, violación del secreto profesional).

Relación de Causalidad.

Para ser inculcado judicialmente debe existir una relación de causalidad, causa - efecto (medico – daño o muerte), que debe ser directa, próxima y principal del resultado. "El medico no quiere la consecuencia dañosa pero si quiere obrar imprudentemente o con negligencia".

No hay delito si el daño o la muerte se producen por culpa de la propia víctima o de terceros. Donde se han adoptado todas las precauciones, no se puede reprochar penalmente negligencia, no obstante el resultado dañoso.

Responsabilidad médica en la Argentina

La responsabilidad medica al igual que en Perú constituye un capitulo particular de la responsabilidad profesional. Es la obligación que tiene el medico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos limites y cometidos en el ejercicio de su profesión.

Praxis y mala praxis

La praxis médica se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del enfermo y los principios racionales del arte medico. El primer aspecto surge del tipo de relación medico-paciente y lo segundo tiene como punto de partida la Universidad, a la que se agrega, luego, la labor de los Colegios, Consejos Profesionales, perfeccionamientos de postgrado, etc.

Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional, queda configurada la mal praxis. El medico deja de cumplir con su deber, y como consecuencia de ello cause un perjuicio definido al paciente.

Elementos constitutivos de la responsabilidad médica

1. Obligación preexistente, es decir, la que asume el medico en virtud del compromiso previo, sea de carácter contractual o de naturaleza legal.
2. Falta medica, que debe ser estrictamente profesional.
3. daño ocasionado. Es necesario que como consecuencia de la falta cometida, se produzca un daño en el cuerpo o la salud del paciente -somático, psíquico o moral o bien en los herederos de aquel si ha provocado su muerte.
4. Determinismo causal entre el acto medico y el daño ocasionado.
5. Imputabilidad, que el medico sea culpable del daño, para lo cual su conducta debió jugar dentro de las condiciones de discernimiento, intención y libertad, de acuerdo con las pautas de los Art. 897 Y 900 Y según se den los presupuestos exigidos por el Art. 512.

Régimen legal

Los profesionales médicos, odontólogos, y sus colaborados, están sujetos en jurisdicción nacional a las prescripciones de la ley 17.132 que rige sus actividades.

Dicho ordenamiento considera ejercicio de la medicina "anunciar, prescribir, indicar o aplicar a cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnostico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas y el asesoramiento publico o privado y las pericias que practiquen los médicos, cirujanos o doctores en medicina" (art. 2°, ley cit.)

Naturaleza jurídica de la responsabilidad

Se halla controvertido si la responsabilidad medica es contractual o extracontractual. Nuestra doctrina considera que el vinculo que une al medico con su paciente es contractual, salvo en que sea viable la opción aquiliana que autoriza el art. 1107 Cod. Civ.

Ámbito de la responsabilidad medica

Si la responsabilidad es contractual, solo se responde de las consecuencias inmediatas y necesarias.

Si es extra-contractual se extiende alas consecuencias mediatas.

Prescripción

En cuanto a la prescripción de la responsabilidad contractual tiene un termino de 10 anos.

La prescripción de la responsabilidad extracontractual tiene un termino de 2 años.

La culpa médica como factor de atribución

La culpa profesional del medico no es distinta de la noción de culpa en general y se regula por los mismos principios que enuncia el Art. 512 del código civil, en cuanto define un concepto unitario de culpa, que se complementa con las precisiones que contienen los artículos 902 y 909 del mismo código.

En orden a la responsabilidad medica, la culpa carece de autonomía y consiste, como cualquier otra, en la omision de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondieran a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, en los términos previstos por el Art. 512 CC. Lexis Nexos –sumarios- 19/05/2005.

El dolo en la responsabilidad medica como factor de atribución

El dolo representa una esfera restrictiva de aplicación en cuanto a la responsabilidad medica. Algunas posiciones lo califican como imputación agravada sobre la base de situaciones solo presuntamente intencionales. Así, Mosset Iturraspe sostiene que si se demuestra que el medico abandono al paciente, lisa y llanamente en un momento en que necesitaba el servicio convenido, será un incumplimiento a sabiendas, y por lo tanto doloso (dolo contractual).

La culpa como defecto de la conducta

El defecto de la voluntad encierra las dos formas culposas, la negligencia y la imprudencia, esto es, que el autor del daño contrario a derecho no previa las consecuencias de su acto, o bien fue previsor, pero no observo la conducta necesaria para evitado, pues confiaba en que no se produciría.

Nuestro Código Civil define de un modo genérico la culpa en el articulo 512, de la siguiente manera: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

La nota al articulo es ejemplificativa en la practica no es de gran utilidad.

Contenido de la obligación

El medico tiene obligaciones para con el individuo y con la sociedad, motivo par el cual su actividad esta sujeta al control de la autoridad administrativa, lo que implica que mas allá de la mera relación, jueguen normas de orden publico contenidas en los Codigos o en las leyes que regulan el ejercicio de la profesión.

La jurisprudencia caracteriza a la obligación asumida por el medico como de medios.

Deberes profesionales

El Art. 17 de la ley 17.132 señala entre las obligaciones del medico.

La ley prohíbe a los profesionales que ejercen la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos, o anunciar o prometer la conservación de la salud (Art. 20, inc. 1 ° Y 2°).

Negativas de los médicos

Es asimismo un deber de los médicos (Art. 19, inc. 3°, ley 17.32) respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconciencia, alineación mental, lesionados graves por causa de accidentes; tentativa de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitara la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso admitiera dilaciones. En los casos de incapaces los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.

Trasplante de Órganos

La cuestión esta regida por la ley 24.193. El medico a cargo del equipo tiene un deber de información al paciente y a su grupo familiar acerca de los riesgos de la intervención y de su probable secuela, correspondiéndole asegurarse de que "el dador y receptor hayan comprendido el sentido de la información suministrada (Art. 13°).

Quid de la cirugía estética

Se distingue en la actualidad entre cirugía estética, que tiende al embellecimiento y la cirugía reparadora que procura reparar o prevenir una afección en la salud. Ambas están sujetas a criterios comunes.

Equipo médico

La actuación del equipo medico puede tener distintas variantes, puede ser un contrato por equipo o un trabajo en equipo. Puede hacerse mediante un contrato en equipo o individualmente con cada uno de los intervinientes, también puede haber subcontrataciones.

Responsabilidad de las clínicas

La clínica tiene responsabilidad contractual frente al paciente, en razón de la presentación médica llevada a cabo en ella por un integrante de su cuerpo profesional. Se entiende que el contrato que vincula a la clínica con el medico es celebrado a favor de un tercero. Es responsable por la prestación del servicio y por que sea prestado en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida. Puede resultar responsable de sus propios incumplimientos.

Sistemas prepagos

Los sistemas prepagos tienen responsabilidad contractual frente al adherente. Los alcances de esta obligación dependen de los términos en que se haya obligado el prestador. No responderá por los incumplimientos del profesional al que acudió el adherente por su propia voluntad.

Obras Sociales (ley 23.660 y 23.611)

Tienen responsabilidad frente al afiliado, siendo discutible su enrolamiento en la esfera extra-contractual o contractual.

Otros profesionales del arte de curar

A los fines de la ley 17132, son consideradas actividades de colaboración de la medicina y odontología. Las que ejercen: obstetricias, kinesiólogos y terapias físicas, enfermeras, terapistas ocupacionales, ópticos técnicos, mecánicos para dentistas, dietistas, auxiliares de radiología, auxiliares de psiquiatría, auxiliares de anestesia, fonoaudiólogos, ortopicos, visitantes de higiene, técnicos de ortesis y prótesis y técnicos en calzado ortopédico.(Art. 42) Todos ellos estas sujetos alas disposiciones particulares previstas en sus artículos 43 a 124.

Psicólogos

La ley 23.277 derogo las provisiones que aludían a los psic610gos en la ley 17.132 y autorizó el ejercicio de la psicología como actividad profesional independiente.

Casos de responsabilidad

Nos remitimos a los casos de responsabilidad de Perú es exactamente igual. Con respecto al consentimiento cabe aclarar que el decreto ley 6216/44 obliga a los médicos a solicitar la autorización del enfermo que podrá ser exigida por escrito cuando se debe efectuar una operación mutilante. Con la sola excepción de los casos en que la gravedad del estado requiera la inmediata intervención para salvar la vida.

La carga de la prueba

En materia de responsabilidad medica incumbe al paciente la prueba de la culpa del medico.

Actualmente, para las responsabilidades profesionales, la jurisprudencia y la doctrina han establecido la teoría de "La carga dinámica de la prueba". Esta teoría no supone invertir la carga de la prueba, no hay presunción de culpa, sino que trata de que quien se encuentre en mejores condiciones es a quien corresponde probar que obro con la debida diligencia.

La responsabilidad jurídica

El juzgamiento de la conducta reprochable del medico se hace a través de normas o sanciones represivas o de normas o sanciones indemnizatorias o reparadoras.

La solidaridad y las acciones de regreso.

Ello ocurriría si tuviéramos que dividir la indemnización por el numero de integrantes del grupo o equipo.

Es obvio que el profesional demandado como miembro del equipo, que paga la indemnización, tiene acción contra aquel que considera responsable, con la prueba de la autoría.

Comparación

El esquema de la responsabilidad en ambos países es similar, basados en la teoría de la responsabilidad subjetiva, fundado en la teoría de la culpa.

En ambos países para que haya responsabilidad tiene que darse los supuestos de daño, antijuricidad, factor de atribución y el nexo causal.

Perú hace una clasificación de culpa (leve, grave) y de esta dependerá el grado de responsabilidad.

La ley Argentina es mucho más específica, desarrolla los deberes y las obligaciones de los médicos de manera detallada, Perú se limita a enunciar y promete una reglamentación para su ejercicio.

El plazo de prescripción es la misma, 10 años para la responsabilidad contractual y 2 años para la responsabilidad extra-contractual.

Lo que si se puede advertir que el sistema peruano tiene muchas falencias.

La ley general de salud habla de 105 derechos de los pacientes, desconociendo a las personas que acuden a un servicio de salud con fines preventivos.

La concepción de acto médico, responde a una visión curativa, desconociendo las circunstancias que rodean al acto.

No establece mecanismos para el ejercicio efectivo de los derechos que reconoce.

Solo prevé la responsabilidad frente a daños sufridos por las personas que acuden a los servicios de salud en los profesionales de la medicina.

Señala de manera general que es deber de todo profesional de la medicina sustentar el acto médico en una historia clínica pero no se reglamenta la forma en que debe hacerse.

Como pudimos apreciar que Perú adolece de serios problemas en cuanto a la responsabilidad médica. Son tantas las demandas que hay un proyecto de ley que pretende crear un fondo de riesgo del ejercicio de la responsabilidad médica. La protección de la salud es de interés público y es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

Reseña jurisprudencial- responsabilidad médica

i. Concepto

La responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que esta le impone y requiere. Por lo tanto, para su configuración, concurren los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación, se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, c6d. civ.). (cam. nac civ. - sala b, 17-06-2003, manini, hector a. c/sociedad italiana de beneficencia en buenos aires s/daños y perjuicios, cita: ij-vi-568).

La responsabilidad médica constituye un capítulo particular de la responsabilidad profesional y, al igual que esta, sometida a los principios generales de la institución donde juegan como factores determinantes de la responsabilidad, la existencia de culpa, el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre aquella y este, no siendo de aplicación la teoría del riesgo objetivo ya que la existencia de culpa es requisito fundamental para que el daño sea susceptible de reparación. (eam. civ. com. fed. san martin - sala i, 09-08-2005, S., h. cl hospital jose domingo mercante y otros, 09-08-2005).

ii. Naturaleza de la responsabilidad médica

La responsabilidad de los médicos es de carácter contractual, sin que obste a ello el hecho de que el paciente no haya contratado debidamente sus servicios, ni que estos fueren gratuitos. (cam. naco civ. - sala b, 17-06-2003, manini, hector a. c/sociedad italiana de beneficencia en buenos aires s/daños y perjuicios, cita: ij-iv-687).

Tratándose de un hecho imputado al actuar del médico en principio se encuentra ubicado en la órbita contractual, salvo el caso en que sea viable la opción aquiliana que autoriza el art. 1107 c6d. civ., en orden a la existencia de un vínculo convencional entre el profesional y el paciente, sea cual fuere la esencia que se le asigne a tal relación, y dado que los regímenes atinentes están signados por la causa fuente del deber jurídico calificado (obligación) de que se trate, aplicándosele las pautas vigentes en la regulación de los principios del responder civil. (cam. naco civ. - sala k, 08-09-2006, m., e. j. c/obra social de telefónicos).

Ante situaciones que comprometen la responsabilidad de profesionales encargados de la prestación de determinados servicios, sus conductas deben ser examinadas desde la óptica de la responsabilidad extracontractual, ya que los familiares o las personas que sufren daños a raíz de los hechos que invocan en sustento de su pretensión, no se encuentran vinculados a la relación jurídica que unió a médicos y pacientes. (cam. naco civ. - sala k, 03-09-2004, tamburi, immaculada c/hospital eva per6n s/daños y perjuicios, cita: ij-xii-301).

La gratuidad de un servicio asistencial, para el caso de la ciudad de buenos aires, no excluye la existencia de un contrato con el paciente que se atendió en los consultorios externos, se internó y fue luego sometido a una intervención quirúrgica en el hospital que depende de la comuna. de acreditarse, entonces, impericia, error o negligencia, habría incumplimiento del contrato, por lo que sería necesario atenerse a las previsiones del Art. 512 del código civil y el gobierno de la ciudad de buenos aires respondería con fundamento en el deber de asegurarle a aquel una prestación médica idónea, diligente y técnicamente irreprochable. (cam. nac civ. - sala a b, 15-02-2005, paredes, nestor e. c/klappenbach, hector r. s/daños y perjuicios, cita: ij-x-165).

El deber de seguridad encuentra su fundamento en el principio de la buena fe contractual establecido por el Art. 1198 cc, base de la mutua confianza que han de inspirarse recíprocamente los contratantes. esta confianza, en lo que atañe al paciente, ha de consistir en su creencia de que el cuidado y la previsión de la otra parte lo pondrán a resguardo de los eventuales daños que pudiera ocasionar a su persona la ejecución del contrato; tanto más cuanto se trata en la especie de conductas que han de cumplirse, justamente, en directa relación a su cuerpo y a su salud. por el mentado fundamento de dicha obligación, que nace del plexo de normas integrativas de la convención, su existencia y plena operatividad no dependen del pacto expreso. (cam. naco civ. - sala h, 18-10-2002, pull a, demetrio c/ prestaciones medico asistenciales s/ daños y perjuicios, cita: ij-vi-978).

El deber de seguridad halla adecuado fundamento en el principio de la buena fe contractual del Art. 1198 parte 1 a c6d. civ., base de la confianza que se debe en inspirar recíprocamente las partes contratantes. es que ese deber de conducta secundaria -en relación con la obligación principal- esta destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, lo que para los obligados a ello importa la configuración de una obligación de resultado, debiendo entonces responder cuando se arriba a uno no querido por la parte afectada. (cam. nac civ. - sala k, 08-09-2006, m., e. j. c/obra social de telefonicos).

Tratándose de una responsabilidad contractual que queda comprometida si el paciente demuestra tanto la culpa como la deficiente labor profesional brindada, amén de la existencia del daño sobreviniente a consecuencia de ella, la responsabilidad del profesional no se encuentra configurada en los términos del Art. 1109, cod. civ., sino que emerge del contrato que hubiere celebrado, que se

rige por los principios generales de las obligaciones enunciados por los Art. 499 y siguientes del mismo código. (carn. nac. civ. - sala a, 07-072003, fischman sanchez, viviana m. c/tecnología integral medica s.a. (tim) y otro, cita: ij-x187).

iii. Factor de atribución de la responsabilidad medica

La materia de la responsabilidad medica esta gobernada por el principio de la culpa, la que no se presume y debe ser probada por quien la alega. la prueba de la culpa del medico es indispensable, porque ella, además de la responsabilidad personal que implica, contiene la demostración del incumplimiento de la obligación de prestar asistencia adecuada que toma a su cargo el ente sanatorial, clínica, obra social, etc., ya que debe responder de la diligencia puesta de manifiesto por el profesional del que se vale para cumplir la prestación en forma adecuada. (carn. nac. civ. - sala f, 05-02-1998, mirnica, adriana n. c/fernandez, elsa S. s/danos y perjuicios, cita: ij-vi-681).

De acuerdo con lo preceptuado por el Art. 512 del cod. civ., la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. (cam. nac. civil - sala b, 17-06-2003, manini, hector a. c/sociedad italiana de beneficencia en buenos aires s/ daños y perjuicios, cita: ij-vi-568).

El medico será responsable, por su culpa, en el caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. en este orden de ideas se ha dicho que la responsabilidad del medico se configura sólo si ha incurrido en culpa grave, evidente, perceptible para todos, y que no esta jurídicamente obligado a acertar en el diagnóstico, a menos que la enfermedad o afección sea tal que no reconocerla signifique un desconocimiento de bases científico - técnicas que no puedan ignorarse. (cam. civ. com. mercedes, sala i, 26-09-2006, s., j. a. y otros cl m. v., j. a. y otros).

El criterio adecuado para apreciar la responsabilidad de los facultativos, no se limita a supuestos de culpa grave o inexcusable. y es que, pese a la circunspección con que debe juzgarse la conducta de los profesionales para ponerlos a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias, quien ejerce tal ministerio se halla moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente. (cam. civ. com. mercedes, sala i, 09-11-2006, p., e. b. c/clinica san fernando s.r.l. y otros).

No es necesaria la notoria impericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, o graves errores de diagnóstico y / o tratamiento. (cam. civ. com. lomas de zamora, sala i, 14-09-2006, c., O. a. c/1., 1. a.).

La culpa medica surge de la confrontación entre la conducta obrada y la conducta debida por un medico de la categoría o clase a la que pertenece tal profesional, siendo de aplicación al caso lo dispuesto en la primera parte del Art. 909 del c6d. civ., en conexión con los arts. 512 y 902 del mismo cuerpo legal, puesto que en la contratación del servicio no se tuvieron en cuenta cualidades o aptitudes de los profesionales. (cam. civ. com. san martin, sala i, 09-08-2005, S., h. c/ hospital jose domingo mercante y otros).

La existencia de la culpa medica obra como un prerrequisito esencial para imputar responsabilidad, debiéndose apreciar siempre en concreto. para eso uno deberá preguntarse el juzgador que es lo que habrá hecho un medico prudente colocado en iguales condiciones externas a las que encontró el autor del hecho dañoso, debiendo tener en cuenta el estándar objetivo correspondiente a la categoría de medico prudente, comlin, genérico, ajustado sobre las bases de los Art. 512, 902 y 909 del c6d. civ. (sup. corte just. mendoza - sala i, 01-08-2005, romero francisco y otro c/ provincia de mendoza y otros).

El criterio de culpa se sustenta en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, ya que se configura cuando no se ha previsto lo que era previsible o, cuando previsto, no se han adoptado las medidas necesarias para impedir el daño o se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que este se produzca. (cam. civ. com. mercedes, sala i, 09-11-2006, p., e. b. c/clinica san fernando s.r.l. y otros).

En el contexto en que el deber de previsión de las consecuencias dañosas adquiere especial relevancia cuando se trata de la responsabilidad de los profesionales médicos, la culpa se presenta tanto por la negligencia o impericia como cuando se omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, que es lo que aquí ha sucedido. (carn. civ. com. mercedes - sala i, 09-11-2006, p., e. b. c/clinica san fernando s.r.l. y otros).

Se ha dicho que la negligencia consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solicito, atento y sagaz. es decir, obra con negligencia aqui en no toma las debidas precauciones que imponian las circunstancias del caso. (cam. naco civ. - sala k, 08-09-2006, a., f. j. c/la uruguay Argentina s.a. art y otros).

Bibliografía:

- Alterini, Ameal, Lopez Cabana - Derecho de obligaciones civiles y comerciales. Ed. Abeledo Perrot
- Bueres - Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos. LL, t 1983-A, pag. 997.
- Bueres - Responsabilidad civil de los médicos. 2° Ed.
- Bustamante Aisina - Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Abeledo Perrot.
- Bustamante Aisina - Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión. LL, t 1976-C, pag. 63
- Compagnucci, De Caso - Manual de obligaciones. Ed. Astrea.
- Garay - Responsabilidad del medico del establecimiento asistencial y de las obras sociales. Ed. La Ley.
- La ley online (www.Laleyonline.com.ar) Lexis Nexis (www.lexisnexis.com.ar) Reseña jurisprudencial EJ Editores
- Trigo Represas - Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales. LL, t 1981-D, pag. 133.
- Derecho de obligaciones - Alterini - Ameal - Cabana www.dike.pucp.edu.pe
www.asesor.com.pe
www.aprodeh.org.pe
www.bioetica.org

Germán Melni

german@inpaco.com