



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

CARLOS AGURTO GONZALES*

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Un análisis previo: la revaloración de los derechos del paciente en el subsistema de la responsabilidad médica. – 3. La responsabilidad médica como responsabilidad civil contractual: el modelo francés. – 4. La responsabilidad médica como responsabilidad extracontractual: las experiencias alemana, italiana y del common law. – 4.1. En el modelo alemán. – 4.2. En la experiencia italiana. – 4.3. En el common law. – 5. (Sigue) Los nuevos aportes: la teoría del “contacto social” y de la “fuente legal”. – 6. (Sigue) En la experiencia peruana. Considerazioni conclusive. – 7. Nuestra opinión. – 8. A modo de conclusión.

1. El tema de la responsabilidad civil de los profesionales es un punto aún de debate en la ciencia jurídica contemporánea. No sólo del formante doctrinario, sino que también, y fundamentalmente, la jurisprudencia ha centrado su atención respecto a este supuesto de la provincia de la responsabilidad civil. En efecto, si antes se apreciaba cierta inmunidad en los supuestos de responsabilidad de los profesionales¹, la misma transformación de las relaciones sociales ha convertido al profesional en una especie de prestador de servicios² y, por ello, al configurarse un daño al usuario de los servicios profesionales, se pueda exigir su respectiva reparación.

Y es precisamente en este cuadro que la responsabilidad del médico ocupa lugar privilegiado, pues a diferencia de otras profesiones liberales, que inciden en su accionar dentro de lo que podríamos denominar “patrimonial”, éste se ocupa de la salud y bienestar de la persona, es decir, de derechos fundamentales que implican la

(*) Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro-Fundador del Taller de Debate y Discusión “Renacere” de la UNMSM. Miembro del Comité de Redacción de la revista jurídica electrónica “*Persona e danno*”, al cuidado del Prof. Paolo Cendon, Milano, Italia (www.personaedanno.it). Coordinador de la colección “*Observatorio de derecho civil*” (Motivensa editora jurídica) y la Biblioteca “*Derecho Comparado y sistemas jurídicos*”. Fue coordinador del volumen “*Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas*”. Escritos en homenaje al prof. Carlos Fernández Sessarego”, Lima, 2009. Autor de diversos ensayos en materia de derecho civil y comparado, publicados en Italia, Argentina y Perú.

¹ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, en: *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Turín, 2003, p. 149 ss.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, *Gaceta Jurídica*, segunda, 2003, p. 511.



salvaguardia del individuo mismo³. Así, diversos puntos de la institución son materia de múltiples debates: respecto a su propio fundamento; si constituye una obligación de medios o de resultado; si es objetiva o subjetiva la responsabilidad civil originada; si es contractual o ingresa dentro del área denominada extracontractual; respecto a la causalidad del daño materia de esta responsabilidad⁴, o que contiene todos estos supuestos, dependiendo del caso concreto. Es decir, un vasto panorama, que ha llevado a no pocos en denominarla como un “campo único”⁵, un “subsistema”⁶ un “régimen especial” dentro de la provincia de la responsabilidad civil⁷.

En el presente ensayo, en apretada síntesis, nos ocuparemos de dilucidar si este supuesto de responsabilidad de prestación de servicios profesionales se configura dentro del esquema contractual o, en su defecto, en la denominada responsabilidad extracontractual. Examinaremos brevemente, por razones de espacio, las respuestas que se han formulado al problema en el derecho comparado y las teorías que pretenden acercar las diferencias planteadas, como la del “contacto social” y de la “fuente legal”⁸, así como la experiencia nacional entorno al problema.

2. Un análisis previo: la revaloración de los derechos del paciente en el subsistema de la responsabilidad médica

Actualmente, vivimos en el proceso de consolidación de una nueva visión del Derecho, de una nueva forma de hacer Derecho⁹, donde el centro de la preocupación del jurista es, y debe ser, la protección unitaria, preventiva e integral de la persona, en sus diversas manifestaciones del devenir social.

³ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, 2001, p. 341.

⁴ En este aspecto del problema de la responsabilidad de los médicos, y de los profesionales en general, es brillante el estudio realizado por DE MATTEIS, Raffaella en *Causalità e danno nella responsabilità professionale*; en *I fatti illeciti*, III, *Causalità e danno*, al cuidado de G. VISINTINI, Padua, 1999, p. 591 ss.

⁵ MONATERI, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, Turín, 2001, p. 452.

⁶ DE MATTEIS, Raffaella, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, Padua, 1995, p. 1 ss.

⁷ Así, entre otros, ALPA, Guido quien, en su *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducción de Leysser L. León, Lima, 2006, p. 897, prefiere utilizar el término “régimen especial” de la responsabilidad médica, para destacarlo del “régimen general” de responsabilidad civil.

⁸ Es la propuesta del profesor de la Universidad de Catania, PARADISO, Massimo, en *su ensayo La responsabilità medica: Dal torto al contratto*, en *Riv. dir. civ.*, III, 2001, p. 337 ss.

⁹ Es la expresión utilizada por el prof. Carlos Fernández Sessarego para referirse a este cambio de perspectiva entorno a lo jurídico. Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos *Un nuovo modo di fare diritto, in Il diritto dei nuovi mondi, actas del Congreso organizado por los institutos de derecho privado de las Facultades de Derecho, desarrollado en la ciudad de Génova, del 5 al 7 de noviembre de 1992*, Milano, 1994, p. 229 ss.



Esta nueva visión del Derecho, que es en su esencia tridimensional¹⁰ ha contado previamente con el sustento de una moderna concepción del ser humano, que de ser visto como un ser racional, ha pasado a ser un ser libertad, con una propia e inherente dignidad, lo cual implica, obviamente, una nueva etapa de la relación médico-paciente¹¹.

En tal sentido, puede comprenderse el surgimiento de instituciones como el consentimiento informado en el derecho médico, como resultado de la revaloración de los derechos fundamentales de la persona, del deber de información y el reconocimiento de la dignidad del paciente.

Es, en efecto, la dignidad de la persona, como paciente, el sustento de una nueva responsabilidad médica. Y esta dignidad busca ser plenamente tutelada de eventuales daños ocasionados al titular, un cierto paciente, en una determinada relación médica.

La doctrina, jurisprudencia y legislación de los tiempos que corren, comprendiendo este escenario, han formulado reglas entorno a la responsabilidad del profesional sanitario. Así, algunos sistemas, caso emblemático es Francia, se contempla la responsabilidad ex contractu de esta institución; en tanto en otros países, como en Italia, Alemania y en el derecho anglo-americano, se considera la extracontractualidad de la responsabilidad del médico.

No obstante, estos sistemas no se encuentran encapsulados a tal o cual modelo de responsabilidad, pues siendo su evolución básicamente determinada por la jurisprudencia¹², se tiene que analizar caso por caso, pues supuestos diversos implican múltiples soluciones, donde la labor de los jueces es de suma relevancia, la cual ha puesto en duda instituciones que se consideraban consolidadas¹³. Y en cuyo ámbito la labor de la doctrina es ofrecer un encuadramiento sistemático que muchas veces a sido elaborado a posteriori¹⁴.

¹⁰ Sobre la tridimensional del Derecho, puede verse a FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, tercera edición, Lima, 2006, p. 101 ss.

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Aspectos jurídicos del "consentimiento informado" del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia a la jurisprudencia comparada*, en *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria del profesor Lizardo Tabeada Córdova, Lima, 2004, p. 709.

¹² Como bien anota PARADISO, Massimo, en *Su la responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., p. 326.

¹³ Es el caso de la clásica de la división de las obligaciones de medios y de resultados, que en el ámbito médico, se ha considerado la actuación del facultativo frente al paciente como de medios. No obstante, esta determinación es puesta en cuestión por senda jurisprudencia, cuando se trate de intervenciones de cirugía estética, cirugía de fácil ejecución y las intervenciones médico-dentistas. Cfr. FRANZONI, Massimo, *La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado*, en AA.VV., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, traducción de Leysser León, Lima, 2001, p. 376.

¹⁴ Cfr. PARADISO, Massimo, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., p. 326.



Veamos, entonces, brevemente las experiencias mencionadas, utilizando las herramientas del derecho comparado, con el objetivo de adquirir una mejor comprensión del tema.

3. En el área francesa, el modelo utilizado para la configuración de la responsabilidad civil del profesional sanitario es el contractual. Además, es, precisamente, en este país donde se estableció la prestación del médico frente al paciente como obligación de medios.

En efecto, es a partir del *arrêt Mercier*¹⁵, que es considerado la clave de lectura del entero sector de la responsabilidad médica en Francia¹⁶, en que se considera la prestación principal del facultativo como una obligación de medios, dentro de las reglas de la responsabilidad contractual. Es más, se ha llegado a sostener que la distinción expresada en este fallo puede superar y sustituir la división entre la responsabilidad contractual y la extracontractual¹⁷. Pero lo que es cierto es que la sentencia establece que “el verdadero contrato que se forma entre el médico y su cliente comporta para el práctico el compromiso, si bien evidentemente no de curar al enfermo, al menos de no prodigarle cualquier cuidado, sino el cuidado consciente, atento y, salvo circunstancias excepcionales, conforme al estado de los conocimientos científicos (...). La violación, aunque sea involuntaria, de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza”¹⁸.

Se ha destacado que la principal consideración de la sentencia *Mercier* ha sido la “ausencia de una obligación de curar”¹⁹, concluyendo en una posición que excluye las obligaciones de resultado del ámbito médico, frente, actualmente, a una renovada vertiente jurisprudencial y doctrinaria que propugna por reconocer este tipo de obligaciones asumidas por el facultativo²⁰.

No obstante, puede considerarse que el énfasis en el modelo francés de la prestación médica como obligación de medios, puede servir como un factor de acercamiento entre la responsabilidad contractual y extracontractual, revelándose que

¹⁵ Cass. civ., 20 de mayo de 1936, 1ra., en: *Dalloz pér.*, 1936, I, p. 88. Citada por AMODIO, Claudia, *La responsabilità medica nell'esperienza francese: profili comparatistici*, en *Contratto e Impresa Europa*, VII, Padua, 2002, p. 528.

¹⁶ GAMBARO, Antonio, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, en AA.VV., *La responsabilità medica*, Milán, 1982, p. 31. Citado por SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 159.

¹⁷ AMODIO, Claudia, *La responsabilità medica nell'esperienza francese: profili comparatistici*, cit., p. 529.

¹⁸ Citado por SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 159.

¹⁹ CHABAS, François, *L'obligation de moyens du médecin*, en AA.VV., *L'indemnisation des accidents médicaux*, París, 1997, p. 5. Citado por WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*, Lima, 2008, p. 52.

²⁰ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 52.



el interés del problema se presenta casi siempre en el terreno de la prueba, es decir, en la cual los jueces facilitan la posición procesal del paciente²¹.

En el modelo francés de la responsabilidad civil médica se presenta un restringido número de excepciones, además que en este ordenamiento se establece el principio de no cúmulo de responsabilidad contractual y extracontractual²².

Ciertamente, desde hace varias décadas, a falta de una legislación expresa de la materia, en el ámbito francés se auspiciaba una intervención del legislador en el campo de la responsabilidad médica²³. Fue, precisamente, el egregio jurista André Tunc quien en 1966 postuló la idea de instituir un sistema de indemnización que prescindiera de recurrir a una conducta culposa en relación a todos los accidentes producidos en el campo sanitario. Frente este vacío, correspondió a la jurisprudencia un papel de suplencia, hasta la aprobación del esperado texto normativo.

Es preciso, además, señalar que cuando en el ordenamiento francés se sentía la ausencia de una ley en consideración de la reparación del alea terapéutica, la preocupación de no dejar sin protección jurídica los daños sufridos por los pacientes, incluso -como señala Cacace²⁴- en ausencia de culpa del médico, había inducido a los jueces a la creación en la esfera del profesional sanitario de una obligación accesoria de *sécurité*. Es decir, incluso no excluyendo la utilización del antiguo principio general de la obligación de medios del médico, imponía al facultativo la reparación del daño ocasionado.

Este ha sido recientemente introducido por la nueva Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de la santé, o también conocida como ley Kouchner, por el nombre del ministro de sanidad, promotor de la iniciativa legislativa²⁵.

Este reciente instrumento normativo se originó a consecuencia de un célebre fallo de la Corte de Casación francesa, el caso de niño Nicolás Perruche²⁶. En efecto, en el mencionado fallo se comprobó el error de diagnóstico acerca de la inmunidad de la paciente en cinta (la madre de Nicolás) al virus del sarampión. Como consecuencia de esta omisión, nació el niño gravemente enfermo, donde el médico y el laboratorio de análisis fueron considerados responsables por defecto de atentos y diligentes cuidados y por la violación del deber de información y condenados por la Corte a la

²¹ Cfr. AMODIO, Claudia, *La responsabilità medica nell'esperienza francese: profili comparatistici*, cit., p. 531.

²² MONATERI, Pier Giuseppe, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Padua, 1989, p. 47 ss. Citado por SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 160.

²³ S. CACACE, *Loi Kouchner: problema di underterrence e undercompensation*, en *Danno e responsabilità*, 4, Milán, 2003, p. 440.

²⁴ CACACE, Simona, *Loi Kouchner: problema di underterrence e undercompensation*, cit., p. 440.

²⁵ CACACE, Simona, *Loi Kouchner: problema di underterrence e undercompensation*, cit., p. 435.

²⁶ Cass. Ass. Plènaría, 17 de noviembre del 2000, *Èpoux X c/Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français*. Citado por CACACE, Simona, *Loi Kouchner: problema di underterrence e undercompensation*, cit., p. 435.



reparación, no sólo del daño sufrido por la madre, sino por el perjuicio ocasionado al niño²⁷.

En conclusión, la ley Kouchner parece señalar una ruta inequívoca al reforzamiento de la tutela jurídica de autodeterminación del paciente y la imposibilidad, para el médico, de actuar en contradicción con la voluntad del enfermo²⁸. Además, no sólo la aseguración se transforma en requisito obligatorio a los fines del ejercicio de la profesión sanitaria, sino también en base del respeto del principio de la integridad de la reparación del daño que pudiese ocasionarse.

4. La responsabilidad médica como responsabilidad extracontractual: las experiencias alemana, italiana y del common law

4.1. Para comprender a plenitud la responsabilidad del médico en el área alemana, es necesario indicar que los derechos lesionados en este supuesto, es decir, la integridad física, la vida y la salud del paciente, integran un derecho global, que en el tema de la tutela civil de la vida del individuo, es una institución estable dentro de la actividad de los jueces y de la doctrina, por lo menos en las últimas cinco décadas: es decir, que no se pueden identificar individuales derechos de la persona, sino que estos son sólo aspectos de un derecho general (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) cuyo centro es la personalidad del ser humano, en sus diversas e incatalogables manifestaciones²⁹.

En efecto, como bien sostiene el prof. Somma³⁰, la ley fundamental alemana (*Grundgesetz*) de 1949 ha establecido que: (a) la dignidad del hombre es inviolable y es función del Estado tutelarla (art. 1, inciso 2º); (b) todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 2, inciso 1º); (c) todos tienen derecho a la vida y la integridad física (art. 2, inciso 2º); (d) todos tienen derecho a expresar y difundir libremente sus opiniones con palabras, escritos e imágenes (art. 5, inciso 1º); (e) la libertad de pensamiento y de información no debe conducir a una lesión del derecho al honor (art. 5, inciso 2º) y (f) el arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son

²⁷BUSNELLI, Francesco Donato, *Wrongful birth, wrongful life*, en: *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, traducción de Olenka Woolcott y Nélvor Carreteros Torres, Lima, 2003, p. 418 ss.

²⁸CACACE, Simona, *Loi Kouchner: problema di underterrence e undercompensation*, cit., p. 442.

²⁹SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, en: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, Milán, 1996, p. 807. En tal sentido, también véase a ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein *Introduzione al diritto comparato*, vol. II: Istituti, edición italiana al cuidado de Adolfo di Majo y Antonio Gambaro, traducción de Estella Cigna, Milán, 1995, p. 400 ss.

³⁰SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, cit., p. 809.



libres (art. 5, inciso 3º)³¹. Para nuestro análisis nos interesa la protección del derecho a la vida e integridad física, cuando es ocasionado un daño³² dentro de la relación médico-paciente.

En este orden de ideas, la tutela de la responsabilidad civil en Alemania a la vida, integridad física y la libertad ambulatoria del individuo se reconduce a una expresa previsión establecida en el parágrafo 823, párrafo 1º del BGB, en el cual se establece la disposición de protección a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de la persona contra las agresiones ilícitas y culposas³³.

En cuanto al ejercicio de la actividad del facultativo, se considera que las intervenciones de naturaleza sanitaria (*ärztliche Eingriffe*) que ocasionan la lesión del derecho general de la personalidad, son consideradas siempre como la violación del derecho a la integridad física, incluso en los supuestos de la violación del derecho a la autodeterminación del paciente (*Selbstbestimmungsrecht des Patienten*) y del deber de información que se espera del facultativo (*Aufklärungspflicht des Arztes*)³⁴.

En relación a la responsabilidad del médico, se considerada como extracontractual y sólo se recurre al esquema contractual cuando el ilícito extracontractual no permita tutelar adecuadamente a la víctima del error médico³⁵. En tal sentido, como recuerdan los profesores Somma³⁶ y Woolcott³⁷, se puede citar el parágrafo 831 del BGB, que contiene una disposición que establece que quien recurre a los auxiliares se sustrae de la reparación del daño que estos han provocado, si prueba que actuó sin culpa en su selección y vigilancia. De allí que se presente como una solución distinta a la contemplada para similar supuesto en el esquema contractual, según lo establecido en el parágrafo 278 del BGB, que no admite prueba liberatoria en ese sentido.

4.2. En el ordenamiento jurídico italiano, la actividad médica ha sido dividida en dos categorías: la actividad denominada de fácil ejecución, donde opera

³¹ SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, cit., p. 810.

³² En relación a la temática de los daños en el ordenamiento alemán, dentro de la reciente reforma del derecho de obligaciones del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemán), véase a ZIMMERMANN, Reinhard *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectives*, Oxford University Press, 2005, p. 108 ss. En este sentido, también EHMANN, Horst y SUTSCHEIT, Holger, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, traducción de Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 95 ss.

³³ SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, cit., p. 817.

³⁴ SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale tedesca*, cit., p. 817.

³⁵ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 161.

³⁶ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 161.

³⁷ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 54.



una suerte de presunción de responsabilidad a cargo del profesional, y la difícil ejecución, donde, en cambio, debe ser demostrada la culpa del facultativo³⁸.

Esta configuración ha sido producida fundamentalmente por obra de la jurisprudencia, la cual ha construido y debe construir los deberes profesionales de una actividad en constante evolución³⁹.

En Italia, la jurisprudencia, asimismo, se caracteriza, cada vez más, por su evolución hacia la protección de la víctima de los daños médicos. En efecto, no obstante su inclinación por la consideración extracontractual de la responsabilidad médica⁴⁰, ha postulado el principio del concurso de responsabilidad contractual y extracontractual⁴¹ y esta optando por su consideración como responsabilidad contractual⁴². Así, la Corte de Casación italiana se ha mostrado favorable respecto a esta última postura⁴³. Esto debido que el interés por el régimen contractual se explica porque ofrece a la víctima un mayor plazo de prescripción y se presenta más benévolo en cuanto a la carga de la prueba⁴⁴.

Asimismo, en la experiencia italiana, ante la presencia de un daño a la integridad del paciente, ocasionado por la actuar del médico, los aspectos del incumplimiento de la obligación considerada principal y del incumplimiento de una obligación de seguridad, que tienden, como evidencia la praxis aplicativa, a superponerse hasta tal punto que ya es difícil diferenciarla. De igual forma, ha sido cada vez más difícil la identificación de la naturaleza de la responsabilidad del médico cuando el profesional sanitario actúa como dependiente de un establecimiento de salud, ya sea éste último público o privado⁴⁵.

No obstante, como hemos apuntado, en los últimos años, gracias a la obra de la jurisprudencia italiana, se ha producido un profundo cambio: de la prevalencia de la aplicación de las reglas del ilícito aquiliano, esta se presenta ahora dominada por

³⁸ Cfr. PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità medica ad bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?*, en *Danno e responsabilità*, 4, Milán, 2003, p. 423.

³⁹ Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, cit., p. 457.

⁴⁰ Aunque también un importante sector de la doctrina italiana ha sostenido que es, precisamente, el campo de la responsabilidad civil en el ámbito médico, la que ha originado la crisis de la clásica división entre lo contractual y extracontractual. Cfr. CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, segunda edición, Milán, 1997, p. 219.

⁴¹ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 54.

⁴² PARADISO, Massimo, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, cit., p. 327.

⁴³ Cass.civ., 22 de enero de 1999, n. 589, en *Foro it.*, 1999, c. 3332 ss. Citada por SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 163.

⁴⁴ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 55.

⁴⁵ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, *Daño a la persona y responsabilidad médica (en el derecho italiano)*, en *Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas Zamora*, n. 2, 2006, p. 7.



disposiciones contractuales o semi-contractuales⁴⁶. En este orden de ideas, en numerosas decisiones de la jurisprudencia de Italia, se puede encontrar que frente a la responsabilidad del centro de salud que suministra los respectivos servicios sanitarios, éste responde por los daños ocasionados a los pacientes, que eran antes resueltos en la responsabilidad extracontractual (según el art. 2043⁴⁷ del Codice civile), se ha establecido, por el contrario, una responsabilidad de naturaleza contractual⁴⁸. Esto plantea, entonces, que el hospital se obliga a ejecutar las prestaciones sanitarias necesarias, respondiendo ante el paciente por inexacto cumplimiento de esta obligación (según el art. 1218⁴⁹ del Codice de 1942).

De este modo, en el ordenamiento jurídico italiano, la protección de la personalidad del sujeto enfermo, la mayor importancia del consentimiento informado del paciente que es sometido a un tratamiento médico y la nueva concepción de la responsabilidad civil han justificado, por ende, el alejamiento de la tradicional inmunidad del facultativo⁵⁰.

4.3. En los países que integran el sistema del common law, especialmente en las experiencias jurídicas estadounidense e inglesa, observamos que la materia de los torts, es decir los ilícitos civiles, resultan en gran parte dominados y absorbidos por los torts of negligence (o simplemente negligence), de variada aplicación⁵¹. Estos se fundamentan en un concepto de “deber jurídico de diligencia” (legal duty of care o duty of care) de sentido abstracto y general. Se trata, en realidad, de un deber de “razonable diligencia” (reasonable care), que obliga a todos los individuos a evitar actos o incurrir en omisiones que cualquiera “puede razonablemente prever” (can reasonably foresee)⁵². En este orden de ideas, la responsabilidad médica, como tort of negligence, se encuentra dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual. Esta preferencia encuentra sus raíces en la exigencia de superar los frecuentes problemas de la consideration y de la privacy of contract⁵³.

⁴⁶ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, en *Riv. dir. civ.*, n. 3, Padua, 2008, p. 297.

⁴⁷ El cual dispone que: “Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”.

⁴⁸ MONATERI, Pier Giuseppe, *Manuale della responsabilità civile*, cit., p. 472.

⁴⁹ El cual estipula que: “El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”.

⁵⁰ PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 283.

⁵¹ MOCCIA, Luigi, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milán, 2005, p. 256. Véase también a MATTEI, Ugo, *Il modello di Common law*, segunda edición con la colaboración de Luisa Antonioli Deflorian, Turín, 2004, p. 227.

⁵² MOCCIA, Luigi, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 257.

⁵³ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, cit., p. 323.



En el campo del derecho estadounidense, la casuística sobre la responsabilidad civil médica se ha agigantado exponencialmente y ha originado, a partir de los años setenta del siglo XX, los denominados *medical malpractice cases*, es decir, las acciones de responsabilidad civil en relación a la actuación de los médicos y de las instituciones sanitarias, con gran impacto en los planos sociales y jurídicos⁵⁴.

Es interesante evidenciar en la experiencia de los Estados Unidos que incluso, en ciertos casos, habiéndose reconocido la relación contractual entre paciente y profesional médico, las acciones del primero en relación al daño ocasionado por el facultativo son prevalentemente fundadas en la responsabilidad extracontractual. La razón de ello es -como observa el prof. Zeno-Zencovich⁵⁵- simple de comprender: en el campo aquiliano pueden ser reconocidos, frecuentemente, indemnizaciones ejemplares, que, en cambio, en las acciones contractuales lo son raramente.

En el derecho inglés, la jurisprudencia sobre la responsabilidad médica aparece no tan rica en casos, pero las argumentaciones y perspectivas que engloban no son menos interesantes. En realidad, en este ordenamiento se presenta una situación ambivalente: la responsabilidad del médico se presenta como extracontractual, pero, si existe un contrato de por medio, se podría seguir la contractualidad de la relación médico-paciente⁵⁶.

No obstante, puede afirmarse que la responsabilidad médica en el ordenamiento jurídico inglés sigue las tendencias generales de la responsabilidad extracontractual, en que la diligente ejecución de la intervención constituye la primera y más importante defensa de lo pactado.

5. La doctrina y jurisprudencia de algunos países europeos, especialmente de Alemania e Italia, han planteado, frente a la responsabilidad civil del médico, dos teorías aplicables a este supuesto. Así, sin pretensión de completitud, se pretende esbozar a grandes líneas la teoría del “contacto social” y de la “fuente legal”.

La Corte de Casación italiana en la sentencia n° 589 del 22 de enero de 1999 ha utilizado la teoría, nacida en Alemania, del “contacto social”, en la cual se hace referencia a las “relaciones contractuales de hecho”, es decir, en la que algunos sujetos se vinculan, sin que este contacto reproduzca las conocidas hipótesis negócias y se presentan obligaciones de comportamiento de diversa naturaleza, dirigidos a garantizar que sean tutelados los intereses que son expuestos a peligro en ocasión del contacto mismo⁵⁷.

⁵⁴ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padua, 1994, p. 7.

⁵⁵ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, cit., p. 317.

⁵⁶ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, cit., p. 322.

⁵⁷ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 167.



Se observa⁵⁸, asimismo, que la Corte de Casación italiana ha colocado, con esta teoría, los fundamentos para la definitiva elaboración de un régimen unitario de la responsabilidad médica, por cuanto permite superar el mecanismo del cúmulo de responsabilidad contractual y extracontractual del médico. También, se ha afirmado, permite evitar la utilización del recurso a la tutela extracontractual, cuando se pretenda proteger situaciones no tomadas en consideración por el derecho de los contratos⁵⁹.

Es necesario expresar que esta teoría del “contacto social” expresa un aspecto que caracteriza el derecho alemán de las obligaciones: las denominadas “obligaciones sin prestaciones primarias”⁶⁰ (Schulverhältnisse ohne primäre Leistungspflichte) utilizadas además en el ámbito del contrato con deberes de protección para terceros⁶¹ y en la disciplina del daño por información inexacta, en materia de culpa en contrahendo⁶².

En Italia, el prof. Massimo Paradiso de la Università degli studi di Catania ha propuesto la teoría de la “fuente legal”⁶³. Según este planteamiento, los deberes de cuidado por parte del centro de salud y la asignación del paciente a un cierto médico o a un determinado equipo médico son los hechos que constituyen, por ley, una relación de servicios médicos y que se ejecuta con el cumplimiento de las obligaciones que nacen de un típico contrato de prestación de servicios profesionales. Sería, por ende, la ley la fuente de ésta.

6. En el ámbito nacional, no es pacífica la doctrina y jurisprudencia entorno a que vía accionar frente a los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad médica. Mientras un sector plantea la responsabilidad extracontractual del facultativo (especialmente frente la infracción del consentimiento informado del paciente⁶⁴) y por ende, es aplicable la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969⁶⁵ del código civil peruano, otro sector del formante doctrinario nacional, ha

⁵⁸ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 169.

⁵⁹ Es la posición de SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 169.

⁶⁰ SOMMA, Alessandro, *Responsabilità o immunità del professionista?*, cit., p. 169.

⁶¹ Para la aplicación de esta teoría en el ámbito médico, puede verse a CASTRONOVO, Carlo *La nuova responsabilità civile*, p. 226.

⁶² Una interesante investigación de esta institución germana, puede apreciarse en Asúa GONZÁLEZ, Clara, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989. Cfr. ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, p. 244.

⁶³ La cual es expuesta en su ensayo *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, en *Riv.dir. civ.*, 3, 2001, p. 337 ss.

⁶⁴ Así, LEÓN HILARIO, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, segunda edición*, Lima, 2007, p. 711.

⁶⁵ El cual establece que: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”.



establecido que la responsabilidad por incumplimiento de los deberes asumidos directamente por el facultativo frente al paciente genera responsabilidad contractual, y por ende, es de aplicarse lo estipulado por el art. 1314 y siguientes del mencionado código.

No obstante, cierto sector de la jurisprudencia⁶⁶ ha advertido que ante los daños en el campo sanitario existe “una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidades (la contractual y la aquiliana) se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro”⁶⁷.

Pero, quizá, uno de los problemas más resaltantes es que la jurisprudencia nacional considera que la base de la imputación de la responsabilidad médica es la culpa profesional⁶⁸. Agregándose a ello, la redacción del artículo 1762⁶⁹ del código civil, el cual contempla un régimen de privilegio para el médico, quien sería exonerado de responsabilidad por culpa leve, cuando el caso de su paciente presente dificultad. Es por esto que una acreditada postura doctrinal ha sostenido que la redacción del art. 1762 induce a confusión⁷⁰, por lo cual debe rechazarse toda clausula normativa limitativa de responsabilidad del profesional sanitario⁷¹.

7. Desde nuestro punto de vista, más allá de comulgar por uno u otro tipo de responsabilidad, lo importante es la reparación de los daños ocasionados en el paciente, un cierto paciente, en la actuación del facultativo. No obstante, quizá, la postura contractual de la responsabilidad médica⁷², dentro de la moderna tendencia de este enfoque, favorezca más una protección global de la esfera del dañado. Inclusive, ante la ausencia de un contrato, la obligación profesional del médico para con su paciente será la misma, ya sea como médico que presta servicios en un centro de salud o la que establece una relación contractual directa. Por ello, en posición que compartimos⁷³, la obligación del médico debe verse a la luz de la *lex artis* que regula toda la actividad sanitaria y que se encuentra en la concepción de diligencia debida.

⁶⁶ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, del 17 de noviembre de 1998. Citada por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, segunda edición, Lima, 2003, p. 514.

⁶⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., p. 514.

⁶⁸ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 76.

⁶⁹ El cual estipula que: “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”.

⁷⁰ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*, cit., p. 539.

⁷¹ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad civil de los profesionales*, cit., p. 568.

⁷² Esta es también la posición asumida por otros autores en América Latina, como en Argentina. Cfr. ALTERINI, Atilio Anibal y ÁMEAL, Oscar José -LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 2000, p. 797.

⁷³ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización*, cit., p. 61.



Sin embargo, en este importante tema juega un papel fundamental la labor de la jurisprudencia. Esta dicta las reglas a aplicar en el caso concreto. Si en un determinado ordenamiento jurídico, la responsabilidad extracontractual ofrece una mejor protección al paciente que ha sufrido un daño por la actuación del facultativo, debe acogerse esta vía, sino, por el contrario, la posición que privilegia la postura contractual de la responsabilidad del médico debe ser la seleccionada.

8. La moderna concepción de la responsabilidad civil privilegia su función organizativa⁷⁴, es decir, como una medida de control social⁷⁵ ante la presencia de un determinado y cierto daño. Esto es particular evidente frente a los daños ocasionados por el accionar del profesional médico, máxime en un ambiente de constitucionalización de numerosos aspectos del derecho privado⁷⁶, donde es la salud e integridad personal los derechos fundamentales lesionados. Por ello, es necesaria una reflexión atenta del estudioso del derecho civil frente a este panorama⁷⁷, donde es la vida humana la que muchas veces se encuentra en peligro.

Es vital, entonces, que el Derecho, en el campo de la responsabilidad médica, pueda permitir a todo paciente que ha sufrido un determinado daño representarse y convertirse en el centro y el fin de toda imposición de juridicidad⁷⁸.

⁷⁴ MONATERI, Pier Giuseppe, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, en *Danno e responsabilità*, Milán, 1999, p. 5. Para un estudio profundo de las funciones de la responsabilidad civil aquiliana en la experiencia peruana, puede verse el ensayo de la joven jurista Ady Chinchay Tuesta, Breve panorama de las funciones de la responsabilidad extracontractual en los códigos civiles de 1852, 1936 y 1984, en “*Persona e Danno*”, revista electrónica, al cuidado del prof. Paolo Cendon, (www.personaedanno.it) y en: *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas*. Estudios en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima, 2009.

⁷⁵ BILOTTA, Francesco, *Profili del danno esistenziale nella procreazione*, en: *Resp. civ e prev.*, fasc. 2, Milán, 1999, p. 341.

⁷⁶ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, en *Europa e diritto privato*, 1, Milán, 2003, p. 19.

⁷⁷ PATTI, Salvatore, *Diritto privato e codificazioni europee*, segunda edición, Milán, 2007, p. 252.

⁷⁸ BURGOS, Osvaldo R., *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in) justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada, Estudios de pensamiento jurídico occidental*, Rosario, 2008, p. 156.