

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO CIVIL CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL

“Implementación de Nuevos Criterios para evitar la obstrucción probatoria en pretensiones de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad médica”

Área de Investigación:

Derecho Civil – Responsabilidad Civil Médica

Autor:

Br. García Camisán, Olenka Massiel

Jurado Evaluador:

Presidente: Carbajal Sánchez, Henry Armando

Secretario: Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

Vocal: Zegarra Arévalo, Ronal Manolo

Asesor:

Benites Vásquez, Tula Luz

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8666-9236>

TRUJILLO – PERÚ

2021

Fecha de sustentación: 2021/12/08

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO CIVIL CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL

“Implementación de Nuevos Criterios para evitar la obstrucción probatoria en pretensiones de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad médica”

Área de Investigación:

Derecho Civil – Responsabilidad Civil Médica

Autor:

Br. García Camisán, Olenka Massiel

Jurado Evaluador:

Presidente: Carbajal Sánchez, Henry Armando

Secretario: Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

Vocal: Zegarra Arévalo, Ronal Manolo

Asesor:

Benites Vásquez, Tula Luz

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8810-9224>

TRUJILLO – PERÚ

2021

Fecha de sustentación: 2021/12/08

DEDICATORIA

A mi familia, por ser los alfareros de mi vida personal y profesional.

A mi madre Diana por ser quien me dio la vida y quien me enseña la abnegación y el Trabajo constante.

A mi segunda madre Margot, quien desde que nací Se levanta cada día orando por mí y prodigándome Amor y cuidados.

A quien amo como un Padre, Lucio por ser mi vaya a Superar, y quién me forjó como abogada y me enseñó que ningún derecho ni poder debe ser usado abusivamente

A mi hacedor, por guiarme en sendas de justicia.

(SALMO 23)

A quién abrigó mi corazón, toleró mis innumerables horas de trabajo y estudio; y peleó muchas batallas a mi lado, Franklin.

Armando quien, con su estilo de vida, me ha enseñado que cada quien es feliz en la forma en que elige vivir.

A Dayana, Iuda, Lucio y Luciana, porque en su corta edad, serán quienes sufran las consecuencias directas o indirectas de los cambios que HOY fungimos y MAÑANA; ejecutores de los cambios que promuevan.

AGRADECIMIENTO

**A mi Asesora, Dra. Tula Luz Benites Vásquez
por creer, confiar y encaminar mi TESIS.**

RESUMEN

Es evidente que el actual panorama desolador tras una pandemia mundial, se han incrementado casos de mala praxis, negligencia médica, etc. que se encubren con actas de defunción que tienen como causa del deceso presunta muerte por SARS – coV-19: llegando a convertirse, hoy en día incluso en una pseudo presunción, iuris et de iure; por lo que **“la judicialización de casos por responsabilidad médica ha tomado aún mayor relevancia”**.

Sin embargo; antes de este hito 2020, muchos años atrás han existido prácticas médicas que, en inobservancia del deber genérico de no causar daño, o por la inejecución de una obligación, han ocasionado daños físicos o fisiológicos irreversibles e irreparables, pero ello **NO BEBE ENTENDERSE COMO IRRESARCIBLES**.

Y en este contexto, nuestro código civil transfiere la carga de la prueba del daño y del quantum a la propia víctima, quien no sólo padece el DOLOR de sufrir un daño, sino que estando en una condición de vulnerabilidad y desventaja probatoria, debe **CUMPLIR CON APORTAR UNA PRUEBA QUE REALMENTE LA OSTENTA LA CONTRAPARTE**, constituyendo así obstaculización de la carga probatoria.

Ergo, la presente investigación intentará describir y dar una solución a esta problemática, a través de la propuesta de la” **APLICACIÓN DE NUEVOS CRITERIOS DE LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA, CON LA FINALIDAD DE DISMINUIR O EN EL MEJOR DE LOS CASOS EVITAR OBSTACULIZACIONES PROBATORIAS EN LOS PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD MÉDICA”**.

PALABRAS CLAVES: REONSABILIDAD CIVIL, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRUEBA, CARGA DE LA PRUEBA, VALORACIÓN DE LA PRUEBA, OBSTRUCCIÓN PROBATORIA

ABSTRACT

It is clear that the current bleak outlook after a global pandemic has increased cases of malpractice, medical malpractice, etc. that are covered up with death certificates whose cause of death is presumed death from SARS - coV-19: even today, it becomes a pseudo presumption, iuris et de jure; Therefore, **“the prosecution of cases for medical liability has become even more relevant”**.

Nevertheless; Before this 2020 milestone, many years ago there have been medical practices that, in non-observance of the generic duty not to cause harm, or for the non-execution of an obligation, have caused irreversible and irreparable physical or physiological damage, but this should **NOT BE UNDERSTOOD AS IRRESARCIBLE**.

And in this context, our civil code transfers the burden of proof of damage and of the quantum to the victim himself, who not only suffers the PAIN of suffering damage, but who, being in a condition of vulnerability and evidentiary disadvantage, must **COMPLY WITH PROVIDE PROOF THAT THE COUNTERPART REALLY HOLDS IT**, thus constituting an obstacle to the burden of proof.

Consequently, this research will try to describe and provide a solution to this problem, through the proposal of the **"APPLICATION OF NEW CRITERIA OF THE TEST AND THE BURDEN OF THE PROOF, WITH THE PURPOSE OF REDUCING OR IN THE BEST OF CASES AVOID OBSTACULATIONS OF EVIDENCE IN THE PROCESS FOR COMPENSATION OF DAMAGES FOR MEDICAL LIABILITY ”**.

KEY WORDS: CIVIL LIABILITY, MEDICAL CIVIL LIABILITY, EVIDENCE, BURDEN OF PROOF, EVALUATION OF EVIDENCE, EVIDENCE OBSTRUCTION

PRESENTACIÓN

Señores, miembros del Jurado:

De mi mayor consideración:

OLENKA MASSIEL GARCÍA CAMISÁN, en atención a las disposiciones de la Oficina de Posgrado para la sustentación de Tesis, presento a su honorable jurado mi trabajo de investigación denominado **“IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS CRITERIOS PARA EVITAR LA OBSTRUCCIÓN PROBATORIA EN PRETENSIONES DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD MÉDICA”**

Dejando a vuestra consideración la evaluación del cumplimiento de los requisitos y exigencias para su aprobación.

Extiendo con antelación mi agradecimiento por su tiempo y atención.

Atentamente.

OLENKA MASSIEL GARCÍA CAMISÁN

TABLA DE CONTENIDOS

I. CARÁTULA.....	1
II. HOJA DE RESPETO.....	2
III. CONTRACARÁTULA.....	3
IV. DEDICATORIA.....	4
V. AGRADECIMIENTO.....	5
VI. RESUME.....	6
VII. ABSTRACT.....	7
VIII. PRESENTACIÓN.....	8
IX. TABLA DE CONTENIDO.....	9-11

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

12

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13-15
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	15-16
1.3. ENUNCIADO.....	17
1.4. HIPÓTESES.....	17
1.5. OBJETIVOS.....	17

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

18

2.1. ANTECEDENTES.....	19
A. DIRECTOS.....	19-20
B. INDIRECTOS.....	20-21
2.2. BASES TEÓRICAS.....	23
2.2.1. SUB CAPÍTULO I: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	23
A. DAÑO.....	23-24
B. RESPONSABILIDAD	24-25
C. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	25-26
D. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	26
E. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.....	26-27

2.2.2. SUBCAPÍTULO II: RESPONSABILIDAD MÉDICA	27
A. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	27-28
B. TRATAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL.....	28
b.1. REGULACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.....	28
- ART. 1762°: PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O TÉCNICOS:.....	28-30
- ART. 1321°: INDEMNIZACIÓN POR DOLO, CULPA LEVE O INEXCUSABLE.....	30-33
- ART. 1329°: PRESUNCIÓN DE CULPA LEVE DEL DEUDOR.....	33
b.2. REGULACIÓN EN NORMAS ESPECIALES.....	33
- LEY GENERAL DE LA SALUD.....	34-35
C. PRESUPUESTOS PARA INDEMNIZAR EL DAÑO.....	35
- DAÑO.....	35-36
- ANTIJURICIDAD.....	36
- NEXO CAUSAL.....	37
- FACTOR DE ATRIBUCIÓN	37
2.2.3. SUB CAPÍTULO III: TEORÍA DE LA PRUEBA	37
A. DEINICIÓN.....	37
B. FINALIDAD.....	38
C. OBJETO DE LA PRUEBA.....	38-39
D. CARGA DE LA PRUEBA.....	39-40
E. VALORACIÓN DE LA PRUEBA	40
- ART. 1330°: LA PRUEBA DE DOLO Y CULPA INEXCUSABLE.....	40
- ART. 1331°: PRUEBA DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	41
2.2.4. SUBCAPÍTULO IV: NUEVOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	41
A. TEORÍA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....	41-43

B. PERICIA MÉDICO – LEGAL Y SU OBLIGATORIEDAD COMO MEDIO DE PRUEBA POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL ASEGURADO.....	43-44
C. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA.....	44-45
D. APLICACIÓN DE PRESUNCIONES LEGALES EN CONTRA POR OBSTRUCCIÓN PROBATORIA.....	45
E. TEORÍA DEL RES IPSA LOQUITUR.....	45-46
2.2.5. ANTECEDENTES DOCTRINA Y LEGISLACIÓN COMPARADA DE CADA CRITERIO A IMPLEMENTAR.....	46-51
CAPÍTULO III	
METODOLOGÍA	
3.1. TIPO DE ESTUDIO.....	53
3.4. DISEÑO D E INVESTIGACIÓN.....	53
3.5. UNIDAD DE ANÁLISIS.....	53
3.6. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	53-54
3.7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	54
3.8. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS.....	55
CAPÍTULO IV	
PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	
4.1. SUBCAPÍTULO I: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL CAMBIO DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN A FIN DE EVITAR LA OBSTRUCCIÓN PROBATORIA.....	57
4.2. SUBCAPÍTULO II: RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LA DOCTRINA COMPARADA.....	58-64
X. CONCLUSIONES.....	65-66
XI. RECOMENDACIONES.....	67
- PROPUESTA LEGISLATIVA.....	68-70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71-76
BIBLIOGRAFÍA	77

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

INTRODUCCIÓN

1.1.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La responsabilidad Médica en el ámbito civil, es un tema poco tratado, pero de gran relevancia cuando se trata de justicia; para ello resulta interesante determinar si a lo largo de la historia se han evidenciado manifestaciones positivas sobre la regulación de la actividad y responsabilidad del galeno, paralela a la normativa deontológica que, en sus inicios fue la única fuente reguladora del actuar médico.

Desde una óptica evolutiva de la responsabilidad médica, podemos remontarnos a épocas pretéritas; así, en el Código de Hammurabi en sus art. 215 al 223, regulaba sanciones punitivas o resarcitorias diferenciándose unas de otras, según el sujeto sobre el que recaía el daño. Si el daño era provocado a una persona libre, la pena prescrita para el galeno era la amputación de ambas manos (art. 218)- es decir, tenía una connotación penal; pero, sí el daño era provocado a un esclavo las consecuencias eran meramente pecuniarias, - la connotación era civil.

En la antigua Roma, se reguló la responsabilidad del galeno mediante la Lex Aquilia de forma similar al Código de Hammurabi, las penas dependían de la condición de libertad o esclavitud del paciente y eran, principalmente, indemnizaciones económicas.

Durante la Edad Media, en España, existían diversas regulaciones: i) En el caso del Fuero Juzgo, la responsabilidad se determinaba en relación a las circunstancias en que se presta la atención médica, de tal modo que era obligatorio la existencia de “testigos” para los casos de enfermedades; ii) En las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, la pena estaba dirigido aquellos médicos que abandonaran el tratamiento de un paciente, luego de iniciado y o a quienes aparentaban tener mayores conocimientos médicos de los que verdaderamente poseen. Siendo notable, su perspectiva sobre la mala praxis médica, regulando diferentes penas en función a la responsabilidad culposa o dolosa del médico

Actualmente, en España no se regula de forma específica la responsabilidad del médico. Pero poseen dos documentos de referencia: i) el Juramento Hipocrático como regulador ético, y ii) el Código Civil español (artículo 1104 sobre la culpa).

En esta búsqueda constante por delimitar la responsabilidad médica y su ámbito de aplicación a lo largo de la historia, es innegable que aún hay zonas oscuras.

En nuestro país, con el devenir del tiempo, se ha vuelto más recurrente la judicialización de casos por responsabilidad médica. Ello da cuenta de un aumento en la conciencia de los usuarios de la salud orientados a la búsqueda de causas imputables al proceder del personal médico.

Situación que se origina como consecuencia de los innumerables resultados que son contrarios a lo pronosticados en los tratamiento o intervención prescrita, aun cuando fueron realizados con finalidad de mejorar la calidad de vida o salvarla.

Aquí surge en ascenso términos como “mala praxis” “negligencia” o “impericia”, dando mérito a diversos pronunciamientos en cuanto a la viabilidad de la pretensión y el quantum indemnizatorios. Siendo el primer obstáculo el cumplimiento de la carga probatoria, que de conformidad con el art. 1331° del Código Procesal Civil, es el perjudicado, el llamado a acreditar los daños y perjuicios causados; así como la cuantía de la misma.

Hay que advertir que en los procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica, es común que los médicos y peritos no presten colaboración con la pericia médica, al no aceptar su designación, convirtiendo a la subrogación en una forma de eximirse de responsabilidad, lo mismo ocurre con el incumplimiento de la exhibición de las historias clínicas, bajo el sustento de que no las tienen, o de llegar a exhibirlas, estas se encuentran incompletas, adulteradas o falsificadas, es decir constituyen pruebas pre fabricadas, conllevando, finalmente ante la imposibilidad de actuar la prueba, a la desestimación de la pretensión. En este escenario, se dibuja una tenue línea entre la obligación de la carga de la prueba asumida por el perjudicado y la situación jurídica de indefensión en caso se vea imposibilitado de cumplir con la misma

El autor Lorenzetti señala, “en la responsabilidad médica, hay una mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que el que posee la prueba, tiene una explicación posible de lo sucedido y la información”. De ahí que a fin de lograr el necesario equilibrio entre ambas partes (principio de igualdad de armas en el proceso), surge la postura de la

aplicación de las teorías dinámicas de la carga de la prueba para la responsabilidad civil médica contractual. (Lorenzetti, 2005)

Doctrinariamente las cargas probatorias dinámicas importan un desplazamiento del onus probando en el caso en concreto, en virtud de la disposición de la prueba, sin que ello signifique la cancelación del principio “quién alega un hecho, debe probarlo”; sino que, a razón de las exigencias del caso prueba como carga deberá recaer en quien este en mejores condiciones. Hernández (2014)

Finalmente, atendiendo a una nueva realidad, que tiene como hito la propagación del SARS-coV-19, ha puesto de manifiesto múltiples denuncias a través de las redes sociales y medios de comunicación, actos médicos que ocasionaron la muerte de pacientes y que han pasado bajo el velo de la impunidad por presumirse que el deceso fue consecuencia de la covid 19, haciéndose aún más difícil para la víctima la aportación de la prueba del daño y del quantum que establece el art. 1331° del código civil: por lo que resulta trascendente superar esta dificultad probatoria a través de nuevos criterios de prueba y de su valorización.

1.2. JUSTIFICACIÓN:

a. POR SU RELEVANCIA SOCIAL

Con el devenir del tiempo, pareciera que se han incrementado la casuística de procesos judiciales de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica, sin embargo, esto es en apariencia el reflejo de que hay una mayor conciencia en el usuario de que los profesionales de la salud, deben responder por los actos u omisiones médicas que resulten en daño a la integridad de la persona, en una relación médico – paciente.

Sin embargo, no resulta el daño en sí mismo no es suficiente, ni mucho menos acreditar que se padeció dentro de una relación médico-paciente, sino que además es la víctima quien ya padece el DAÑO, debe aportar la prueba, que no está muchas veces en su poder, y además acreditar si se deriva de una inejecución de la obligación del personal de salud, o si este fue parcial, tardío o defectuoso, cuando ello obra en instrumentos que son de DISPOSICIÓN del quien genera el daño y no del agraviado.

Entonces resulta de real importancia activar mecanismos para evitar que el ordenamiento jurídico vigente, resulte en buena cuenta un acortamiento de los derechos de los pacientes y un encubrimiento de quienes pudieran resultar responsables civilmente en el personal de la salud.

b. POR SU IMPACTO PRÁCTICO JURÍDICO

La sociedad avanza y con ella se plasman en la realidad un sinnúmero de eventos y circunstancias a la que las normas vigentes, en muchas ocasiones resultan insuficientes, y en otras incluso nos encontramos ante vacíos legales. Sin embargo, si bien los jueces no pueden dejar de administrar justicia, tampoco pueden ir contra lo positivizado, a no ser que empleen *distinguish u overruling*.

Pero existe un principio del derecho que constituye un pilar en la producción judicial – específicamente en la emisión de las sentencias – este es el de PREDICTIBILIDAD DEL FALLO. No obstante, en la casuística de las indemnizaciones por daños y perjuicios, la aplicación de este principio parece una utopía, en virtud de que ***no se han establecido unicidad de criterios en la valoración de la prueba*** que sirvan de parámetro al momento de analizar una litis; pero más aún, porque consideramos que en específico, en los PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, ***las disposiciones legales contenidas en los artículos 1762°, 1330° y 1331° del código civil resultan mandatos imperativos que son por lo general imposibles de cumplir para el agraviado***, por no estar en su disposición, pareciendo incluso que se deja de lado otro principio denominado IGUALDAD DE ARMAS, por el cual indistintamente de la condición procesal que se ostenten – procesado, agraviado, tercero civilmente responsable, etc, detenten los mismos derechos, posibilidades y cargas, ***en tanto la carga de la prueba sólo es exigible al agraviado que resulta ser la parte más débil de la relación procesal***.

En ese orden de ideas, consideramos que era trascendente determinar si la aplicación de principios de otras materias o especialidades del derecho, como es el caso del PRINCIPIO DE PROFESIONALIZACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LA PRUEBA aplicable en el derecho laboral, brindarían una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

1.3. ENUNCIADO

¿Existen fundamentos jurídicos para establecer nuevos criterios de la carga y valoración de la prueba, en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica, a fin de evitar la obstrucción probatoria?

1.4. HIPÓTESIS

Sí existen fundamentos jurídicos para establecer nuevos criterios de la carga y valoración de la prueba, en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica, a fin de evitar la obstrucción probatoria, los cuales serían, la teoría dinámica, la aplicación del principio de disposición y profesionalización, la obligatoriedad de la actuación de pericia médica y aplicación de la presunción legal en contra.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si existen fundamentos jurídicos para establecer criterios de la carga y valoración de la prueba, en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica, a fin de evitar la obstrucción probatoria

1.5.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a. Analizar en qué consiste la responsabilidad civil médica y cuáles son los criterios de la carga de la prueba vigentes que rigen en el proceso de indemnización de daños y perjuicios.
- b. Identificar y desarrollar cada los nuevos criterios de la prueba para evitar la obstrucción probatoria, tales como la teoría dinámica de la prueba, la obligatoriedad de la actuación de pericia médica, aplicación del principio de disposición y profesionalización y la aplicación de presunciones legales en contra de la conducta asumida por las partes.
- c. Comparar los criterios normativos nacionales e internacionales, que se aplican en materia de prueba en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica.

- d. Proponer la modificación e implementación de los criterios en la carga de la prueba, en los procesos de indemnización por daños y perjuicios en responsabilidad médica, destinados a evitar la obstrucción probatoria.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

A. DIRECTOS

- a.1. Ayala, R. (2017). *La responsabilidad civil: Análisis de casos de negligencia médica en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio institucional.

https://repositorio.ucv.edu.pe/bistream/Ayala_DR

Analiza y describe los criterios bajo los cuales los magistrados como operadores del derecho, establecen si corresponde o no indemnizar en los casos de negligencia médica en el Perú; y bajo qué parámetros debe cuantificarse el monto indemnizatorio; empleando para ello técnicas de recolección de datos; como análisis documental, entrevistas, análisis de sentencias.

Arribando como conclusión, que en la búsqueda de unificar criterios en los casos materia de litis por responsabilidad civil médica, el establecer un monto único y global en las sentencias, lejos de establecer un criterio uniforme, se vulnera el principio de motivación de las resoluciones; pues implicará pasar por alto que cada caso en concreto amerita el análisis del cumplimiento de los presupuestos para indemnizar el daño, que en sí mismos pueden resultar de distinta valoración aún para casos símiles. No obstante, recomienda la realización de acuerdo plenario para establecer una suerte de tablas de valores “salomónicos” entre el tipo de daño y el quantum que le correspondería en atención al valor justicia.

Finalmente recomienda se ordene una evaluación médica integral, al agraviado, realizado por especialistas. Lo cual se condice con la presente investigación en el aporte obligatoria de pericias médico legales.

- a.2. Larroucau, J. (2014) ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en Chile?. *Revista Derecho*, 27(2)

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200003>

El artículo en cuestión devela los pilares sobre los que descansa las decisiones jurisprudenciales en la justicia chilena, cuando de la prueba en la responsabilidad civil médica se trate; siendo el primero la soberanía del juez de instancia para decidir si los hechos dilucidados han sido probados, - a esto se le denomina estándar de prueba-; y el segundo basado en el reconocimiento del testimonio de los profesionales médicos, constituyendo en sí misma una evidencia idónea y fácil disponibilidad en los procesos de responsabilidad civil médica.

Precisa, además que, si bien existe diferenciación entre la responsabilidad del profesional, y la organización donde se presta el servicio de salud, este pilar para aplicar la prueba alcanza a ambos.

De igual manera hace un análisis interesante de la regla establecida en el artículo 38° inciso °, Ley N° 19.966, a través de la cual se inhibe a los servicios públicos de salud de aportar prueba de cualquier índole al juicio; en consecuencia, es el particular quien ostenta la carga de la prueba a fin de acreditar el daño, haya sido producido por acción u omisión del órgano, y/o profesional.

No obstante, en esta misma línea devela que la Corte Suprema, estableció como precedente que cuando se vincula a la carga de la prueba con el "contenido de la obligación", considera necesario que esta sea corregida empleando presunciones.

Ergo, en el entendido de que la obligación emanada de la medicina es normalmente *una de medio (tratamiento)*, y no una de resultado; en consecuencia, la carga de la prueba debería ser aportada en sinergia por las partes. Así de un lado, el particular perjudicado deberá aportar la prueba tendiente a acreditar el incumplimiento de la obligación, del otro lado la parte a la que se le imputan el daño, deberá aportar la prueba tendiente a acreditar el cumplimiento y/o alcances de su obligación.

Ahora bien, si el profesional de la salud contrae una obligación de resultado, (cirugía plástica), estaremos en el escenario donde la carga de la prueba solo debe ser asumida por el médico; ensayándose tres razones para ello: (i) primero se trata de prestaciones de un valor acotado, es decir, existe una desproporción desmesurada entre el riesgo asumido por el paciente y los daños que se le infligieron, (ii) segundo, la obligación de controlar de tal modo el riesgo es del

deudor, pues así lo dictan las máximas de la experiencia y (iii) tercero, debido a la regla probatoria de los hechos negativos, que da mérito a este tipo de decisiones.

B. INDIRECTOS

b.1. Duffo, M.A. (2020). *Responsabilidad civil médica y aplicación de levantamiento del velo societario* [Tesis de Maestría, Universidad de Lima]. Repositorio institucional.

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/11352/Duffoo_Quintos_Mayra_Alejandra.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La autora realiza un trabajo de investigación, sobre la base de las estrategias usadas por los establecimientos médicos destinada a evadir o limitar la responsabilidad civil, a través de la creación de personas jurídicas para relacionarse con los profesionales médicos que prestan servicios dentro de estos establecimientos.

En este panorama, busca aplicar una figura jurídica del derecho laboral, como el *levantamiento del velo societario*, a efectos de evitar que los establecimientos médicos puedan evadir su responsabilidad civil médica, de tal manera que le sea atribuible la responsabilidad todos los sujetos que inmersos en la prestación de los servicios médicos como consecuencia de la cual se causó el daño, este pueda ser debidamente resarcido

Tras realizar un análisis comparativo de los criterios de la prueba y valoración de la prueba, entre el derecho sustantivo y adjetivo en materia civil y laboral, teniendo como unidad de análisis los distintos pronunciamientos jurisdiccionales emitidos por magistrados especialistas en el derecho al trabajo, concluyendo que resulta necesario la utilización del levantamiento del velo societarios, a fin de evidenciar una intención de fraude a la ley y se inaplique la responsabilidad limitada, para salvaguardar los derechos de quien padece el acto dañoso.

b.2. Carro, F.J. (2013). *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria* [Tesis Doctoral, Universidad de La Coruña]. Repositorio institucional.

En la presente tesis de post grado para obtener el título de Doctor, en la Universidad de Coruña - España, se analiza la responsabilidad sanitaria desde cuatro vertientes, en el ámbito civil, penal, patrimonial de la administración y social. La competencia de los tribunales dependerá del personal y/o establecimiento médico, a manera de ejemplificación, si se desarrolló en una clínica privada o un nosocomio estatal.

En la que resalta dentro de sus conclusiones, que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, *la responsabilidad civil extracontractual de la Administración* – en la que se encuentra inmersa la sanitaria, se rige por el carácter general y objetivo; es decir, NO SÓLO IMPORTA la medida en que el daño ocasionado al paciente –*sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado*- y producido *sea consecuencia del normal funcionamiento y desempeño de la actividad* sino incluso, que para el caso de los poderes públicos sanitarios, *se prescinde totalmente del fundamento tradicional de la culpa o negligencia* - en su caso, de la culpa in vigilando o in eligendo-, *hallando su justificación, en el concepto de lesión, por el cual el paciente no tiene obligación legal de soportar.*

No obstante, la responsabilidad se circunscribe a aquellos daños derivados de actos u omisiones del personal de salud, en el marco de una prestación de servicios profesionales o técnicos de la salud, hubiese podido prever o evitar según el nivel de sus conocimientos de la ciencia o de la técnica, existentes en el momento de la producción. Es decir, en el escenario de haber ejecutado todas las acciones tendientes a minimizar los riesgos o evitar daños mayores no previsibles, y aun así causara un daño, no estaríamos ante Responsabilidad Civil Médica.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. SUB CAPÍTULO I: TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A. DAÑO:

Resulta placentero ver la evolución de los autores en cuanto a sus construcciones teóricas, así pues. Osterling (1968) definía; “El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético” (p. 94).

Años más tarde en su artículo sobre *la Indemnización por daño moral*, Osterling (2010) opinaría que:

El daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.(p. 5).

Es evidente que, para este autor, hablar de daño es una sumatoria de lesión, más detrimento y/o pérdida, más intervención de un tercero, más inejecución de una obligación. Es como una radiografía a un esqueleto, pues debe coincidir cada vértebra en su lugar para hablar de daño; pero de un daño susceptible de resarcir por un tercero, pues es evidente que esta noción se aparta de los daños ocasionados, por caso fortuito o fuerza mayor.

En ese mismo orden de ideas, si la pérdida o detrimento que es ocasionada por uno mismo, podrá generar una sensación de dolor o desagrado, podrá haberse generado por inobservar algún deber de cuidado, podrá recaer sobre un bien jurídico que me pertenece, pero no genera sobre un tercero la responsabilidad de resarcir. Y esa pérdida no podrá ser resarcida, sino que para reponer el bien, seguiré menoscabando mi patrimonio.

Ahora bien, en la doctrina comparada, F. Ternera, y L.F. Ternera (2008) en sus comentarios jurídicos sobre daño y su indemnización refieren que:

“Daño”, en un sentido jurídico, puede tomarse como la lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial –v.gr. quebranto de un derecho real o personal– o extrapatrimonial –v.gr. menoscabo de un derecho personalísimo-. En el primero de los casos, hablamos del daño patrimonial –también denominado material-. En el segundo, nos referimos al daño extrapatrimonial –también llamado inmaterial o mora. (p.101)

Es decir, se extrapola la idea de “bien jurídico”, y lo extienden a “derecho patrimonial y extrapatrimonial”, pues con el bien menoscabado o perdido se lesiona un derecho y es la vulneración a este derecho el que debe ser resarcido, según estos autores.

En mi opinión, el daño es la lesión de un bien jurídico que importa un derecho, el cual se ve mermado, menoscabado o destruido por la acción u omisión de un agente externo; *pudiendo a manera de ejemplo ser una persona natural o jurídica, una tormenta, etc.*

Sin embargo, cuando hablamos de un daño reparable, *sea por indemnización o resarcimiento*, es necesario que el agente externo sea un tercero que incumple con una obligación¹ -*se exceptúa el caso fortuito y fuerza mayor* - y como consecuencia emerge el derecho del afectado de obtener resarcimiento y el deber del dañador de resarcir el perjuicio.

B. RESPONSABILIDAD: A manera de preámbulo al tema central del presente trabajo de investigación, es necesario delimitar la definición de responsabilidad, y acudiendo a Tamayo (2007) refiere que;

la responsabilidad es la noción en la cual se “engloban todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en

¹ *Todo cumplimiento tardío o defectuoso, es incumplimiento.*

cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Se puede decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros”.(p.8),

Se podría afirmar entonces, que la noción de responsabilidad da contenido al deber de indemnizar un daño producido por la acción u omisión de un tercero, sobre un bien ajeno.

C. RESPONSABILIDAD CIVIL: Preliminarmente como refiere Espinoza (2006) La Responsabilidad civil “Es una técnica de tutela civil de la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado.” (p.46)

Abona a esta línea de pensamiento, su equiparación con la “tutela resarcitoria”, como medio de protección en el ámbito del derecho civil patrimonial, que ostentan los particulares contra los daños injustamente sufridos, a través de la acción de indemnización por daños y perjuicios.

Sin que la responsabilidad civil se circunscriba a la esfera de cumplimiento o no de obligaciones o deberes, para la satisfacción de un interés ajeno; sino que, responde al conjunto de consecuencias jurídico-patrimoniales a las que se expone un sujeto titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja – *ejemplo de una situación jurídica de subordinación*-. (Gastón, 2019, p. 19)

Entonces hablar de responsabilidad civil, es equiparable a la asunción de consecuencias jurídicas por el hecho de estar en una situación jurídica pasiva, de forma voluntaria o impuesta por ley, de aquel que deba asumir el daño producido.

En nuestra legislación nacional, esta necesidad de determinar sobre quien recae la responsabilidad de resarcir el daño, parte de un modelo heredado de los ideales de la Revolución Francesa, que es a fin, al *civil law* como al *common law*, reflejado en un sistema donde la *propiedad es el sol, y las demás instituciones; los planetas*, en consecuencia, como afirmaría Franzoni “la

responsabilidad civil viene entendida como un medio de protección de la propiedad” (como se citó en Gastón, 2019, p.30)

D. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL:

En la Responsabilidad Extracontractual, como su denominación nos previene, no hay vínculo obligacional previo; lo que se infringe es el deber genérico de no causar daño a otro, lesionándose así el interés general de convivencia pacífica, En consecuencia, el criterio de imputación es subjetivo y objetivo a la vez (artículos 1969° y 1970° respectivamente).

Ergo, no importa si el agente dañador pudo o no prever el daño, siempre que este se haya ocasionado, debe ser resarcido, constituyendo mora desde el momento mismo en que se produjo del daño, prescribiendo la responsabilidad extracontractual a los dos años (Artículo 2001° inciso 4).

E. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL:

Prima facie, como es evidente supone la existencia de obligaciones (con contenido patrimonial) a las cuales se encuentran libre y voluntariamente sometidas las partes en virtud del programa contractual que diseñaron las mismas partes.

En consecuencia, para determinar el quantum indemnizatorio, importa si la inejecución de la obligación se ha producido con dolo, culpa inexcusable o culpa leve; en tanto si el incumplimiento, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso se ha producido como consecuencia de los dos primeros supuestos, la reparación cubrirá la totalidad de los daños que se hayan producido como consecuencia inmediata de la inejecución. En cambio, si se ha producido atendiendo al supuesto de culpa leve, sólo cubrirá aquellos daños que se produjeron aun pudiendo preverse.

Por lo que resulta evidente que en este tipo de responsabilidad se admite la graduación de la culpa, pues puede haberse producido por dolo (artículo

1318°), culpa grave (artículo 1319°), culpa leve (artículo 1320°); por lo tanto, estamos ante un criterio de imputación meramente subjetivo, siendo relevante si el agente dañador pudo o no prever el daño. (1321°).

En el caso de los intereses moratorios, se devengan desde que se constituye en mora y el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual es de diez años (Artículo 2001° inciso 1)

Debemos precisar que, en el derecho nacional, es este el escenario donde corresponde analizar la responsabilidad civil médica.

2.2.2.SUB CAPÍTULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

A. RESPONSABILIDAD MÉDICA:

En el desarrollo de la presente investigación se ha evidenciado que los profesionales de la salud, en el ejercicio de su profesión y como prestadores de un servicio médico, donde están en riesgo bienes jurídicos como la vida, salud, integridad física y/o fisiológica; están en la constante mirada de la sociedad.

Ello puede resultar, positivo en la búsqueda del ejercicio óptimo de sus funciones y negativo a la vez, si se llegara con ello, a exigir la infalibilidad del médico en la práctica de su ciencia, pues finalmente sigue siendo un ser humano y como tal es falible; pero, de ningún modo la falibilidad puede eximir de responsabilidad.

Así pues, en ocasiones los magistrados, en su función jurídica de administrar justicia y su intención altruista de cautelar a las víctimas, valoran los hechos confundiendo al comportamiento negligente con el error de conducta, resultando sus decisiones muchas veces del valor justicia, pues es muy tenue la línea entre la culpa y la culpa del error excusable (Tapia, 2003, pp. 75-111)

Pero como hemos mencionado antes, ello no significa que no prestemos total atención a aquellas conductas que el personal de salud debe realizar acorde con su ciencia, conocimiento, y praxis o en su defecto debe prever.

A manera de ilustración, evocaremos la clasificación realizada por Carhuatocto:

La responsabilidad civil médica, puede clasificarse en dos grandes tendencias, la responsabilidad civil subjetiva, que se basa en la culpa o el incumplimiento negligente de guías o protocolos médicos, útil para determinar responsabilidades en los médicos, y la otra gran corriente, la responsabilidad objetiva médica, aplicable a las organizaciones hospitalarias, en casos de infecciones intrahospitalarias, transfusiones y experimentos médicos. Ciertamente, el futuro de la reparación de daños médicos no es patrimonio exclusivo de la responsabilidad civil, sino un ámbito compartido con los seguros de responsabilidad civil, seguro del paciente, seguro del médico, los fondos colectivos de reparación de daños médicos y en última instancia la seguridad social como se puede observar en los países europeos. En el Perú, en estricto prima la responsabilidad civil médica subjetiva, y en menor grado la responsabilidad civil médica objetiva, pero subordinada a la primera como se observa en la Ley General de Salud y nuestro Código Civil. (Como citó Ayala, 2017, p.46)

Atendiendo a lo antes descrito, podríamos definir a la responsabilidad médica como la obligación que tiene un profesional o técnico de la salud, de responder por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; siendo relevantes jurídicamente en el ámbito civil, administrativa y/o penal.

B. TRATAMIENTO EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL

b.1. REGULACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO:

- ART. 1762º: PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O TÉCNICOS

Establece; *Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de*

servicio no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Atrás a quedado la época, en la que el profesional era sinónimo de inmunidad plena, en el que la opinión era incuestionable, el actuar immaculado y el resultado decisión divina.

Si bien su utilidad y necesidad no se ha mermado, si ha cambiado la percepción de la sociedad en cuanto a su obrar en el ejercicio de su ciencia, tal es así que emerge una casi inherente necesidad de fraccionar y especializar la profesión, así, por ejemplo, en el campo de la medicina, se distingue al médico general, del médico cardiólogo, neurólogo, endocrinólogo, y existe incluso asignación de roles que requieren de especialización como por ejemplo el médico anestesiólogo.

Este fraccionamiento resulta relevante para el momento de analizar la responsabilidad y asunción de riesgos dentro de la prestación de servicios médicos. Tal es así que un sector con autoridad en doctrina del análisis económico del derecho, señala Posner que

“Un médico debe cuidar a su paciente de acuerdo con las normas consuetudinarias de la profesión médica en el área en la que esté ejerciendo. En virtud de que el dañado y quien lo daña se encuentran en una relación de comprador-vendedor, quienes pueden dañar (los médicos) tienen un incentivo independiente de la ley para proveer el nivel de cuidado que las víctimas potenciales estén dispuestas a pagar.

Adviértase aquí el traslape entre los principios de negligencia y los del contrato. El médico promete implícitamente que tratará al paciente con el cuidado acostumbrado entre los médicos del área. Si no emplea todo ese cuidado, el médico será culpable de una mala práctica, una negligencia, pero con el mismo comportamiento habrá violado su contrato con el paciente” (como se citó en Espinoza, 2000, sección Sobre la necesidad de asumir una

posición frente a la (pretendida) dicotomía entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual).

- **ART. 1321°: INDEMNIZACIÓN POR DOLO; CULPA LEVE O INEXCUSABLE**

Norma; *Queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inexecución.

Si la inexecución o incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a la culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Empezaré con Osterling, citando a Salvat, "el dolo del deudor consiste en la inexecución voluntaria de la obligación con el propósito de perjudicar al acreedor" (como se citó en Osterling, sección Inejecución de Obligaciones: Dolo y Culpa)

Según este autor, habrá dolo si existe la intención de no ejecutar una obligación, o estado de conciencia en el que no se cumple una obligación, **con la finalidad** de causar daño; sin embargo, consideramos que, si bien no deja de tener razón en cuanto a la intencionalidad, no menos es verdad que no siempre debe estar presente el factor finalidad.

Es decir, el deudor puede no querer ejecutar la prestación a la cual se obligó, y con ello basta para configurarse el dolo, sin que sea necesario acreditar que tal inejecución tenía por finalidad causar daño al acreedor. Sino que, tras el incumplimiento del deudor podría incluso obtener un beneficio mayor al que habría obtenido cumpliendo con la prestación pactada, por lo que asume el riesgo de incumplirla. Así, por ejemplo, celebra otro contrato para la misma fecha cuya utilidad es del 200% respecto del primer contrato.

En cambio, cuando hablamos de culpa, el factor *intencionalidad* desaparece, quedando sólo el hecho del daño causado. Puede entonces, realizarse un conjunto de actos tendientes a cumplir con la prestación pactada y aun así no la ejecuta, no la culmina o no la entrega. Por lo que puede existir grados de culpa, como la leve y la inexcusable.

Por otro lado, señala Albadadejo (1982) “que la culpabilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso en que la responsabilidad por el daño se produce cuando la culpa fue grave o muy grave o leve” (como se citó en Díez – Picazo, 1999, p. 353)

Lo señalado por el autor, sigue la línea de la Teoría romanista de la graduación de la culpa, propia de la responsabilidad civil contractual, yendo desde una culpabilidad intencional denominada *dolo*, a una culpabilidad por negligencia o simplemente *culpa*. Así el dolo es más grave que la culpa inexcusable y esta a su vez, más grave que la culpa leve. Pues en la culpa inexcusable, no existe justificación para la inejecución de la obligación, tal es el caso del actuar negligente.

Para efectos prácticos, resulta vital determinar cuando hablamos de culpa médica, para lo cual haremos la siguiente diferenciación:

a. **Impericia**

Según la Real Academia de la Lengua Española, proviene del latín *IN: privativo, sin;* y *PERITIA: Pericia. Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.*

Podemos afirmar, que la impericia, es la carencia de conocimientos necesarios, sean estos científicos o técnicos, ausencia de habilidad o experiencia para el correcto ejercicio de una ciencia o arte, que el caso de la presente investigación es la medicina. A manera de ejemplo:

- **Impericia en Cirugía:**

Ante la existencia de secuelas o el deceso de un paciente sería necesario verificar como elementos de valoración: el riesgo operatorio y la oportunidad de realización, el Diagnóstico pre-operatorio, la técnica usada, entre otros.

Cuidados post-operatorios.

Así por ejemplo una dosis incorrecta o la forma o zona en la que se coloca una inyección de anestesia raquídea, podría ocasionar desde parálisis hasta la muerte del paciente

b. Imprudencia.

Según la Real Academia de la Lengua Española proviene del latín IN: Privativo, sin y PRUDENTIA: prudencia.

Podemos afirmar, que imprudencia es realizar un acto sin tomar las precauciones necesarias; por ende, se ejecuta con total ligereza, falta de moderación, conducta contraria al buen juicio, de tal manera que se ejecutan actos inusitados, fuera de lo debido, extralimitándose de tal forma, que implica un accionar peligroso. Para ejemplificar:

- Realizar una transfusión de sangre sin establecer el grupo sanguíneo, o si la sangre no es apta para transfundir (HIV, VDRL)
- O un accionar que incluso se ha vuelto más usual de oír en los tribunales. Como lo es el dejar gasa o instrumental en la cavidad abdominal.

c. Negligencia.

La RAE, señala que etimológicamente se origina del latín NEGLIGO: descuido y NEC – LEGO: dejo pasar. *NEGLIGENTIA*. Es el descuido, falta de cuidado, de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico.

Podemos afirmar que negligencia es el descuido, omisión o falta de atención durante la ejecución del acto médico, o hacer lo que no se debe. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la forma pasiva de la imprudencia se configura en la inobservancia a la prudencia, que de haberse tenido hubiera prevenido el daño. Algunos ejemplos serían:

- No efectuar el control post-operatorio de un paciente.
- No ordenar el examen de biopsia cuando existe sospecha de cáncer.
- Negarse a atender a un paciente en caso de emergencia.

Atendiendo a dos ejemplos que se han propuesto para la imprudencia y negligencia, podríamos decir que suelen estar estrechamente vinculados, tal es así que en casos específicas un mismo hecho puede significar que se haya incurrido en *imprudencia y negligencia a la vez*, ejemplo:

- Si en el transcurso de una cirugía, el cirujano dejar instrumental dentro del estómago del paciente estaremos ante un caso de imprudencia, pero el hecho de no sacarlos, habiéndose percatado de tal hecho, configuraría un acto de *negligencia*.

ART. 1329°: PRESUNCIÓN DE CULPA LEVE DEL DEUDOR

Regula; *Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.*

Presunción *iuris tantum*, que en palabras de Osterling, “el Código Civil Peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido”. (p. 354)

Del otro lado, el acreedor deberá demostrar que el deudor actuó con dolo o negligencia.

b.2. REGULACIÓN EN NORMAS ESPECIALES:

Es evidente que la actual política sanitaria necesita grandes reformas que superan el ámbito económico o infraestructural, y que invitan a centrarnos en algo aún más relevante como son las decisiones que tienen directa repercusión sobre la esfera personal de quienes hacen uso de los recursos sanitarios. En este sentido, todo acto médico, supone el respeto por los derechos fundamentales de los usuarios, y por consiguiente la búsqueda de mecanismos para evitar su vulneración.

LEY GENERAL DE LA SALUD

Ley N° 26842, mediante la cual se regula los cánones dentro de los cuales deben circunscribir el personal de la salud su actuar, sean estos profesionales o técnicos.

Haciendo además una distinción entre la responsabilidad directa y personal de los agentes de la prestación de la salud (artículos previstos en el Título II, Capítulo I) y la responsabilidad indirecta y compartida de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo (articulado prescrito en el Título II, Capítulo II).

Entre otros artículos, creemos conveniente transcribir dos en específico que permiten poner de manifiesto la distribución de responsabilidad entre el personal de la salud y el establecimiento dentro del cual se presta el servicio al usuario.

- **ART. 36°.-** *Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.*

A manera de un breve comentario del presente artículo, podemos señalar que la responsabilidad médica no sólo atañe al médico tratante, como hemos venido afirmando a través de la frase “prestadores del servicio de salud”, sino que atañe a todo aquel que participa en el acto médico, por lo que involucra además a los técnicos y auxiliares hasta que este es dado de alta, es decir aun en la etapa post – operatoria, existirá responsabilidad.

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

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

Queda claro que en el caso de los establecimientos existen dos situaciones donde son pasibles de responsabilidad; i) la primera es una presunción *iure et de iure*, siempre que exista relación de dependencia entre el establecimiento y el personal médico que ocasiona un daño, este es solidariamente responsable, ii) la segunda es una presunción *iuris tantum*, la responsabilidad del establecimiento se enmarcará en primer lugar dentro de la naturaleza del servicio que ofrece y en segundo lugar por brindar o no los medios para evitar daños al paciente.

Así por ejemplo a un centro odontológico no se le exigirá tener un desfibrilador. (*en países como España, esta ya es una exigencia, atendiendo a que existen pacientes que pueden sufrir eventos cardiorespiratorios, por lo que incluso estos centros llegan a contar con espacios integralmente cardiorprotegidos*).

No obstante, en caso por ejemplo estemos ante una clínica u hospital, donde hay desfibriladores, o cuando menos existe la obligación legal de tenerlos, y este no es puesto a disposición del paciente, o poniéndolos no se encuentran en buen estado, o estándolos el médico de su plana no está capacitado para usarlos; resulta evidente que también deberá responder solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados al paciente.

C. PRESUPUESTOS PARA INDEMNIZAR EL DAÑO:

Creemos que es amplia y abundante la doctrina que aborda este tema, por lo que humildemente sólo abordaremos este tema desde una perspectiva más sintética y didáctica,

- **DAÑO:** Es sin duda el primer presupuesto que debe abordarse y analizarse, aunque sea quizá el último que acaece en la cadena de un evento dañoso. Así

pues, el daño vendría siendo la consecuencia o efecto de un acto antijurídico o hecho generador, como también se le conoce en la doctrina.

Pero como ya lo hemos mencionado antes, no todo daño es resarcible, sino que lo será si cumple con 04 requisitos esenciales:

- **Certeza:** Esta debe ser *fáctica y lógica*, en el primer caso alude a que el daño pueda comprobarse en el plano de los hechos, es decir acaecido como suceso; en el segundo caso alude a que el daño debe responder a la relación causa-efecto, es decir ser la consecuencia de un hecho generador.
- **Subsistencia:** La noción básica, es que el daño no haberse resarcido por alguna otra vía. De tal manera que pueda analizarse el daño, y su magnitud de la verificación del *statu quo* anterior al evento dañoso. Ahora bien, existen daños que por su naturaleza son *continuados*, es decir, que permanecen en el tiempo e incluso con el devenir del tiempo se incrementan.
- **Especialidad:** Afecta a un interés particular o colectivo, que los coloca en la condición de víctima o perjudicado.
- **Injusticia:** Sólo se tutela un daño ilegítimo, un daño injustamente sufrido; por lo tanto, todo daño justificado no es resarcible.

En ese orden de ideas, cuando el menoscabo sufrido se trata de vidas humanas o bienes materiales, se busca su indemnización; sin embargo, esta no tiene una función reparadora, sino más bien tiene una función resarcitoria, que debe ser asumida por persona que ocasiona el daño ya sea por acción u omisión, pues de haber actuado debidamente, el daño no se hubiese producido. (Díez-Picaso, 1999, p.42)

- **ANTI JURICIDAD:** Este elemento, debe ser entendido como el quebrantamiento o infracción a los imperativos legales (*mandatos y prohibiciones.*, en el que incurre todo sujeto pasible de imputación. Existiendo así una conducta contraria a lo impuesto por el ordenamiento jurídico; por lo que al transgredir un precepto legal ocasionando un daño, este debe ser resarcido.

- **NEXO CAUSAL:** Este elemento resulta de vital importancia para concatenar el daño al hecho generador, así pues, se gesta lo que la doctrina llama un fenómeno causal.

No obstante, hay situaciones en las que la causalidad no se llegue a configurar, como son: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de la propia víctima. En consecuencia, este elemento nos permitirá identificar al que causa el daño (causante), quien finalmente deberá resarcir el daño causado (responsabilidad)

- **FACTOR DE ATRIBUCIÓN:** Este elemento se construye sobre la base de la diligencia con la que actúa el deudor, el desempeño de una conducta adecuada, debida que se sujeta a los conocimientos propios del ejercicio de su ciencia, tecnicismo o profesión.

Probada la diligencia se exonera la responsabilidad, sin embargo en esta línea encontramos también, a la presunción de culpa leve, y por tanto, a una asunción de responsabilidad una vez materializado el incumplimiento o inejecución de la obligación.

2.2.3.SUB CAPÍTULO III: TEORÍA DE LA PRUEBA

- A. **DEFINICIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA:** Couture (1958) En primer término en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

Mientras que para Couture la prueba era entendida como una obligación legal, creemos que el *onus probandi*, como tal, es imperativo al propio interés que tiene la parte de acreditar lo alegado; pero ello no constituye una obligación de probar, sino más bien una adecuación de la conducta procesal de la parte tendiente a acreditar los hechos sustentatorios del escrito postulatorio de demanda o contestación de demanda, con la finalidad de crear convicción en el juzgador.

En nuestro ordenamiento jurídico la carga de la prueba, se encuentra previsto en el artículo 196 del código procesal civil; el cual prescribe que quien alega un hecho o quien lo contradice con hecho nuevo le corresponde la carga de probar, siendo esta una regla general.

Sin embargo, existen disposiciones legales en contrario, que deberán ser atendidas conforme prescribe el dispositivo en cuestión. De tal manera que se impone una suerte de estacionamiento de la prueba o dicho de otro modo se vuelve una prueba estática, con la cual la parte que tiene interés de probar algo debe aportar todo aquello que marque el sendero por el que desea discorra el entendimiento del juez, con grado de certeza y convicción.

B. FINALIDAD

Creemos que la carga de probar tiene dos finalidades en concreto:

- A la primera la llamaremos *distributiva*, pues atiende al criterio de repartir entre las partes procesales la función de aportar la prueba, que mejor consideren acrediten su pretensión; pero también distribuye los riesgos de no aportarla, y la consecuente desestimación.
- La segunda es la finalidad *garantista*, en tanto evita que los magistrados evadan su labor de administrar justicia, pronunciándose sobre el fondo del asunto, aun cuando las partes no cumplan con su carga probatoria, de tal modo que sentencien en atención a la labor de acreditación o no de lo alegado y no se inhiban de pronunciarse por ausencia de prueba.

C. OBJETO DE LA PRUEBA

En palabras de SERRA, M. (1969), “El objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes” (como se citó en Lluch, A, et al, 2007, p.22). Consecuentemente, para este actor, la verificabilidad de los hechos expuestos, constituyen el objeto de la prueba.

Pero en los escritos postulatorios que las partes incoan, muchas son las alegaciones efectuadas sobre los hechos materia de litis, pero no todos los

hechos que son esbozados se constituyen en puntos controvertidos. Entonces el objeto de la prueba se circunscribe aquellos hechos sobre los que las partes no concuerdan, u asienten pacíficamente; por ello, estos se distinguen de los no necesitados de actividad probatoria, por ser notorios, públicamente evidentes, afirmado por una de las partes y asentidos por la otra, presumidos por ley, entre otros.

D. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Los medios de prueba empleados por las partes, a fin de acreditar sus alegaciones, desde siempre han sido sometidos al análisis del juzgador, el cual terminaba evidenciando y plasmando en la sentencia la postulación de los hechos que mayor convicción le hubiera generado.

Esta forma de alineación a alguna de las teorías planteadas por las partes, históricamente ha respondido a los sistemas de valoración de las pruebas;

- Uno instituido en nuestro ordenamiento jurídico, comúnmente denominado por la doctrina *sistema de la prueba “tasada”*, De acuerdo con TARUFFO (2008), “este sistema se basaba en la aplicación de reglas que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba” (133)- Este sistema de valoración se empleó en nuestro Código de Procedimiento Civiles de 1912, el cual establecía un listado de reglas aplicables a todos los casos por igual a los que el juez debía ajustar su decisión, limitando e incluso eliminando la discrecionalidad del juzgador; y
- Otro, denominado el *sistema de la libre valoración de la prueba*, el cual tenía como eje principal evitar las que las decisiones judiciales fueran arbitrarias, citando nuevamente a TARUFFO, (2008) “el juzgador ya no estaba obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional” (p. 135). Así pues, la valoración de la prueba atendía a cada caso en específico bajo criterios de razonabilidad, y máximas de la experiencia, entre otros, En nuestro Código Procesal Civil vigente desde 1993 se reconoce este sistema de valoración.

De lo antes expuesto, la prueba es en esencia un derecho que en correcta valoración, nos permite alcanzar la verdad concreta, en base a la cual sentencia el juez, en su aspiración y deber de alcanzar el valor justicia.

E. CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS:

Creemos que hay dos artículos que pintar a color las exigencias de la carga probatoria cuyo cumplimiento atañen a los perjudicados, A LAS VÍCTIMAS, de un daño, porque para ser catalogadas como VÍCTIMAS no necesitan sentencia con calidad de cosa juzgada, BASA PADECER EL DAÑO, a diferencia del DAÑADOR que para ser responsable del daño y encontrarse obligado a resarcirlo, sí necesita ser sentenciado con calidad de cosa juzgada.

Entonces, siendo así, como es que se pude VOLVER A SOMETER a la víctima, a otro padecimiento más como lo es sostener el peso de la carga de la prueba de un evento que es ajeno a su conducta; sino que, por el contrario, está vinculada al comportamiento de un tercero, que es quien en el marco de una prestación de servicios de índole sanitaria ostenta la información, la experiencia y el conocimiento de los procedimientos corresponden a la estructura sanitaria.

Creo entonces que no hay forma más diabólica de vaciar el núcleo duro del deber genérico de no causar daños y del principio de igualdad de armas, infligida por nuestro propio código civil, que la redacción de los siguientes artículos

- **ART. 1330: LA PRUEBA DE DOLO Y CULPA INEXCUSABLE**
Prescribe; *la prueba del dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*

- **ART. 1331°: PRUEBA DE DAÑOS Y PERJUICIOS**

Regula; *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.*

2.2.4.SUB CAPÍTULO IV: NUEVOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Llegar a este punto, ha sido una odisea, pues sentar los lineamientos sobre los que se pretende dar las razones suficientes para crear una nueva perspectiva de la prueba y su valoración, esperamos no resulten contrariamente insuficientes.

SOBRE LA PRUEBA Y SU CARGA

A. TEORÍA DINÁMICA DE LA PRUEBA:

De forma simple explica Peyrano (2014a)“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.

De la misma forma, en la obra de Peyrano (2014b) se afirma: “Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.” (p. 60)

Sin embargo, citaremos al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Termas de Río Hondo (Santiago del Estero, Provincia de Argentina, situada en la Región del Norte Grande) durante los días 19 al 22 de

mayo de 1993, con la finalidad de maximizar la noción de la Teoría Dinámica de la Prueba, en dicho Congreso se arribó a las siguientes conclusiones:

“1.- La temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. 2.- Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio. 3.- Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. 4.- Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie entrañar algún riesgo para la garantía de defensa

en juicio. Empero, tal aplicación quedaría coonestada por constituir aquélla un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben merituar los tribunales. Además, contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente, la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina”. (Como se citó en CAMPOS, 2012-2013, p. 205)

SOBRE LA FORMA DE VALORAR LA PRUEBA

B. PERICIA MÉDICO – LEGAL Y SU OBLIGATORIEDAD COMO MEDIO DE PRUEBA POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL ASEGURADO:

Ferla (2014) La pericia médico legal (...) transformaba los conocimientos especializados, o sea, los saberes científicos, en documentos aceptables y eficientes, inteligibles y utilizables. Disciplinaba las relaciones entre derecho y medicina y acababa viabilizando el poder de juzgar. (p. 52)

Desde siempre los magistrados, han requerido de personas calificadas y calificadas para entender temas que escapan a su conocimiento jurídico y requieren de cierta especialización. Así pues. los informes periciales, no bastan por sí mismos, sino que requieren de la sustentación explicativa de su autor, *el perito-*

Esto no es cotidiano en el quehacer probatorio, como lo es también el círculo vicioso dentro de los procesos de indemnización por daño y perjuicios por responsabilidad médica que los llamados a asumir la designación como peritos, no conteste, o contestando no acepte la designación o aceptando no acuda a juicio, conductas que se repiten cíclicamente, subrogación tras subrogación de perito,

volviendo imposible la actuación de una prueba consustancial a la acreditación del daño irrogado, de la conducta que la produjo, y las circunstancias en que se produjeron.

Ello, no es sino hasta previsible, pues el llamado a cuestionar el acto médico es otro MEDICO, por tanto hay más espíritu de cuerpo entre ellos, que espíritu de justicia en la norma.

Por lo que consideramos que debe exigirse, como mecanismo para evitar las obstrucciones probatorias, la aceptación, elaboración del informe pericial efectuado bajo unas pautas que deben seguirse para su elaboración y estructuración, con la finalidad de satisfacer la demostración de la falta médica que supone una falta a su deber objetivo de cuidado, así como la naturaleza y alcance del daño causado por la inobservancia de dicho deber, a efectos de establecer una relación de nexos causal, - criterio dogmático en procesos de indemnización por daños y perjuicios. Pero que además el incumplimiento conlleve un apercibimiento o sanción.

Además, debería contarse con un listado de peritos de cada especialización y sub especialización médica que como tal se encuentre libre de toda injerencia respecto al personal o centro de salud que se encuentra en proceso, o en cualquier otra causal prevista en el del art. 229° del código adjetivo. Para cuyo efecto es la defensoría del perjudicado el llamado acompañar y exigir se cumpla tales exigencias.

C. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN DE LA PRUEBA

En el derecho laboral, el llamado a aportar la prueba es quien atendiendo al giro o actividad que realiza, tiene la obligación de aportar y/o dar las facilidades para el acceso a la documentación (entendido como cualquier tipo de prueba, no sólo documental) económica o jurídica que resulte relevante, útil, y pertinente para llegar a la verdad concreta, como máxima aspiración que acompaña al valor justicia.

Pues entiende que sólo quien dispone de la prueba puede aportarla, y estas disposiciones pueden resultar mandatos legales o que atienden al corte económico que ostentan, es decir rubro en el que se desempeñan.

El actuar contrario a este principio, se tiene por una conducta obstruccionista pasible de sancionar, ya sea extrayendo concusiones en contra de los intereses de la parte o incluso imponiendo sanciones pecuniarias, como una multa, atendiendo a la ausencia de colaboración de la parte, temeridad y mala fe durante el, proceso, en la etapa probatoria.

Consideramos pues, esta percepción, de aplicarse resultaría saludable en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica, como un disuasivo a quienes pretendan obstruir la actividad probatoria.

D. APLICACIÓN DE PRESUNCIONES LEGALES EN CONTRA POR OBSTRUCCIÓN PROBATORIA.

TEORÍA DEL RES IPSA LOQUITUR: La formulación de esta regla proviene del siglo XIX, dictada en el caso de Scott vs. London & St. Katherine Docks Co., en el cual el Tribunal anglosajón estableció que, cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están a cargo de controlar la situación actúan con diligencia, la falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia”

En consecuencia, esta regla es utilizada a manera de presunción para aquellos casos en los cuales es difícil, quizá imposible aportar prueba que permita determinar cuál fue el hecho generador del daño, pero dada las circunstancias en que acaecieron lo hechos, se puede *inferir* que el mismo ha sido consecuencia del actuar negligente o culposo del deudor

Aunque Bullard (2005) da una acepción más cercana a la carga dinámica de la prueba cuando trata la noción del principio res ipsa loquitur , al afirmar que

“consiste en que quien realiza una actividad está en mejor capacidad de saber qué es lo que paso ante quien no lo realizó por eso es el llamado a asumir la carga de la prueba porque si se obligara a la parte que no realizó la actividad es más difícil de producir pruebas y de esa manera la posibilidad de saber cuál es la verdad se alejaría” (p. 4). No deja de aplicarse la presunción de por estar dentro de su giro o negocio la actividad desempeñada se presume que este debe contar con los medios para aportarla y mientras no aporte esa prueba se presumirá que su actuar es tendiente a obstruir la actividad probatoria, con la finalidad de que no se pueda acreditar que este es el que desencadenó el hecho generador del daño causado, por lo que asume la responsabilidad, bajo esa premisa.

2.2.5. ANTECEDENTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PROPUESTOS:

A. INTERNACIONALES

a.1. En relación al primer Criterio: Teoría Dinámica de la Prueba en los Procesos de Responsabilidad Civil:

Taborda, I.D. (2017). *La carga de la prueba en la responsabilidad médica del Estado por acto quirúrgico, a partir de la constitución de 1991*. [Tesis de maestría, Universidad Libre de Bogotá]. Repositorio institucional.

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11116/>

Analiza la responsabilidad médica en el escenario estatal, instando el análisis de la flexibilización de la carga probatoria, para la víctima, a la luz del fenómeno legal de la constitucionalización del daño.

Para ello efectúa un análisis de los principios aplicables a la responsabilidad del estado versus el principio “la acción administrativa se ejerce en interés de todos: pudiendo ello significar el sacrificio del resarcimiento de unos cuantos en beneficio de la colectividad”; entendiendo entonces, que en el caso del Estado debe agotarse el análisis jurídico de los supuestos fácticos, y de la imputación para atribuir responsabilidad, e armonía con lo que denominan títulos de imputación admitidos jurisprudencialmente, tales como: i) el daño especial, ii) la falta del servicio,

“simple, presunta y probada”, iii) el daño anormal, iv) el riesgo excepcional y finalmente i) el desequilibrio de las cargas públicas.

Tras el análisis de este marco general, desarrolla el hecho generador de un daño gestado en la prestación de un servicio médico brindado por el estado para lo cual estudia la carga de la prueba tradicional desde sus limitaciones en la responsabilidad médica estatal para confrontarla con la Carga dinámica de la prueba como criterio auxiliar de imputación de la responsabilidad estatal, desarrollando así algunas características que permitan delimitar el campo de acción de la teoría de la prueba dinámica como apoyo en la labor jurisdiccional.

a.2. En relación al Segundo Criterio: Actuación de la Pericia Médica en los Procesos de Responsabilidad Civil

Toro, L.M. y Vásquez M.A. (2016). *Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de los servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CEDES*, 7(2),5-12.

El artículo científico en mención, analiza la importancia de la implementación de la prueba pericial médica, practicada por un centro de estudios en derecho y salud como órgano auxiliar de la justicia.

Importa el personal perito, con solvencia ético – profesional, cuyos conocimientos sean puestos al servicio de la verdad, como requisito sine qua non en los procesos de responsabilidad médica en lo civil, contencioso y administrativo.

Propone criterios que la pericia debería abordar en base a las respuestas que debe buscar resolver, tales como: i) la ausencia o presencia de falencias en la atención médica – hospitalaria, ii) La existencia de daños, iii) Si estos daños se derivan de una mala praxis médica.

Romero, J.L (2001). *La pericia médico legal en los casos de responsabilidad médica: IV jornadas andaluzas sobre valoración del daño corporal*, 27,11-28.

Tras una breve introducción en la que se realiza un análisis crítico en base a la casuística jurisprudencial de procesos por responsabilidad médica, efectúa un estudio puntualizado de la peritación médico – legal, a razón de consideraciones de carácter cualitativo de quienes fueran considerados peritos ad hoc, otorgando una nueva perspectiva en el método médico – forense.

En segundo orden efectúa una revisión del marco normativo de conformidad con la ley de Enjuiciamiento Criminal y la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como base del desarrollo de la pericia médica.

Finalmente fijan pautas para la elaboración y estructuración de un informe pericial en los procesos de responsabilidad médica, que permitan satisfacer la demostración de la falta médica que supone una falta a su deber objetivo de cuidado, así como la naturaleza y alcance del daño causado por la inobservancia de dicho deber, a efectos de establecer una relación de nexo causal, - criterio dogmático en procesos de indemnización por daños y perjuicios.

a.3. En relación al Tercer Criterio: Disposición y Profesionalización de la Prueba y al Cuarto Criterio: Aplicación de Presunciones legales

Gómez Pomar, F. (2001). *Carga de la Prueba y Responsabilidad Objetiva 1*, 1-17.

Este artículo nos ofrece un panorama crítico de la jurisprudencia, en la que la inversión de la carga de la prueba no se agota en la aplicación de las teorías del “riesgo” o de la aplicación de la “responsabilidad objetiva”, sino que proyecta sus efectos a un ámbito más general como la presunción que admite prueba en contrario, de culpa del causante de cualquier hecho dañoso, en el ejercicio de una actividad.

Este grado de probabilidad, como presunción judicial, debe aceptarse sólo si existen suficientes pruebas indirectas – indicios – para acreditar la relación entre el daño ocasionado a la víctima y el comportamiento involucrado del causante – según las reglas básicas de la Teoría del Daño.

Para ello se recurre pues al agotamiento de las siguientes exigencias mínimas: i) Consideración hacia el nivel de exigencia exigible por parte del personal de salud, ii) el nivel de peligrosidad de la actividad dañosa en sí misma, en relación al nivel de acaecimiento del daño.

Finalmente realiza un análisis cuali – cuantitativo de los beneficios en la aplicación de la regla *res ipsa loquitur, propria del common law*, mediante la cual la parte demandante en un proceso de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, obtiene compensación sin necesidad de aportar prueba de la negligencia de la parte demandada; SIEMPRE QUE, según las circunstancias, resulte imposible o muy difícil que el daño se hubiera producido, sí el causante hubiera observado las exigencias de la mínima diligencia.

B. ANTECEDENTES NACIONALES

b.1. En relación al primer Criterio: Teoría Dinámica de la Prueba en los Procesos de Responsabilidad Civil:

Chávez Flores, L.L. y Paredes Alquizar, Y.L. (2019). *Beneficios de la aplicación judicial de las teorías dinámicas de la carga probatoria en la responsabilidad civil médica contractual*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio institucional.

<http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/15440/>

Aborda la problemática en los procesos por responsabilidad civil médica dentro de la esfera contractual, instando a la aplicación la teoría dinámica de la prueba como una propuesta de flexibilización del sistema de distribución de la carga de la prueba, a efectos de lograr la unificación de criterios justos y equitativos en jurisdiccionales.

Describe la realidad problemática de una forma crítica y analítica, denunciando la situación de desventaja en la que se encuentran los justiciables, ante la posibilidad de obtener los medios probatorios idóneos para acreditar la “mala praxis” del

personal de salud, cuando son estos últimos, los llamados a desvirtuar la negligencia imputada, en tanto se encuentran en mejores condiciones técnicas, profesionales y factico – jurídicas.

No obstante, busca la aplicación de la teoría dinámica de la prueba en pureza, - esto es sin personificar al aportante de la prueba; sino que, esta sea aportada por el sujeto procesal que resulte en mejores condiciones de aportar la prueba, sin considerar la condición de demandante o demandado.

b.2. En relación al Segundo Criterio: Actuación de la Pericia Médica en los Procesos de Responsabilidad Civil

Miguel Manrique, L. (2014). *La Historia Clínica como prueba de la diligencia médica y a la verdadera labor del demandante en los procesos de responsabilidad civil de mala praxis, Revista Ius Et Veritas, (s.p).*

<https://ius360.com/publico/procesal/la-historia-clinica-como-prueba-de-la-diligencia-medica-y-la-verdadera-labor-del-demandante-en-los-procesos-de-responsabilidad-civil-de-mala-praxis/>

El presente artículo propone como prueba idónea para acreditar la responsabilidad médica por *mala praxis, o negligencia*, la histórica clínica del paciente; por ser un instrumento médico – legal de vital importancia en el proceso; pero se detiene a precisar que su sola exhibición en proceso no es suficiente, sino que esta debe ser sometida a un PERITAJE MÉDICO JUDICIAL, nombrado por concurso público – como auxilio judicial.

No obstante, pese a la idoneidad y pertinencia de la pericia, debe meritarse siempre la calidad, cualidad y solvencia moral y profesional del perito, así como de las condiciones que necesitan cumplir los informes periciales, cuyo objeto debe ser llegar a la verdad para alcanzar la justicia; pero que, en muchas ocasiones se ve empañado por intereses, el mal llamado espíritu de cuerpo o deficiencias técnicas.

b.3. En relación al Tercer Criterio: Disposición y Profesionalización de la Prueba y el Cuarto Criterio: Aplicación de Presunciones legales

Martínez Arce, J.Y. (2018). *Efectos de la clasificación de las obligaciones en función al contenido de la responsabilidad civil médica* [Tesis para obtener Título de abogado, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional.

<http://bibliotecas.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7647/DEmaarjy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tiene por finalidad proponer, según denomina el autor, “*una forma justa de aliviar la carga en el perjudicado*”, al trasladar la carga de la prueba al profesional médico, expresión que si bien sólo constituye un cambio en la parte procesal sobre la que recae la carga probatoria, no deja de ser válida la justificación realizada por el autor. Ello, en virtud de que esta es la parte en mejores condiciones para acreditar la existencia del daño y las condiciones en las que se produjeron.

De igual manera propone la “*utilización de una correcta clasificación de las obligaciones*” a razón de su contenido, para lo que hace un análisis sobre la aplicación de *res ipsa loquitur*.

Tras delimitar lo que el autor considera, la forma correcta de aplicación de la Teoría dinámica de la prueba, y del *res ipsa loquitur*; somete a juicio crítico una lista de sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de Arequipa, lo que le permite concluir que el evidente el desequilibrio probatorio entre las partes procesales constituye un obstáculo para alcanzar la justicia en los proceso de responsabilidad civil médica.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE ESTUDIO

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

- NO EXPERIMENTAL

Permitió la observación del fenómenos que se han venido suscitando en la realidad jurídico procesal, materializada a través de los proceso de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica, en los que la etapa de actuación probatoria se ha visto obstaculizada, e incluso el agraviado mermado en su derecho desde la postulación de su demanda, ante la exigencia de aportar la prueba del daño, el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del personal de salud así como la cuantificación del o los daños irrogados.

3.3. UNIDAD DE ANÁLISIS

Teniendo como premisa que la presente investigación es de carácter doctrinaria – dogmática, nuestra unidad de análisis se basó principalmente en la doctrina y legislación nacional y comparada, permitiéndonos condensar los pilares que constituyen los criterios de la prueba y de su valoración a efectos de lograr minimizar el problema de obstaculización de la actividad probatoria dentro de un proceso de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica, siendo la máxima aspiración que su correcta aplicación nos lleve a la erradicación de una conducta procesal obstruccionista.

3.4. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

A. MÉTODO CIENTÍFICO:

- DIALÉCTICO:

Las definiciones, categorías y normas jurídicas empleadas tienen un valor ambivalente en la presente investigación, de un lado sirvieron como principios metodológicos y de otro como instrumento de análisis y síntesis. Permitió así, orientar la investigación teniendo como punto de partida el fenómeno factico-jurídico descrito en la realidad problemática, resultando necesario una observación acuciosa para tratar de comprenderla y estudiarla bajo los parámetros de una investigación científica.

B. MÉTODOS LÓGICOS:

- **INDUCTIVO:** A partir del análisis particular de casos doctrinarios y legislación en comparada permitió proponer un cambio en la legislación peruana, específicamente en el artículo 1331° del Código Civil, y del artículo 196° del Código Procesal Civil, para la implementación de nuevos criterios en la carga de la prueba y su valoración, en materia de responsabilidad civil médica, cuya ratio de acción en los procesos venideros, permitirá erradicar la obstaculización probatoria.
- **ANALÍTICO:** Se aplicó este método, dado que permitió la descomposición de cada componente, facilitando el análisis pormenorizado de los datos obtenidos en la presente investigación a efectos de establecer su correlación con el fenómeno jurídico materia de estudio.
- **SINTÉTICO:** El presente método se aplicó en la elaboración de las conclusiones, que son el resultado de la contrastación efectuada con los antecedentes, marco teórico, doctrina y legislación nacional y comparada, en atención a los objetivos planteados.

C. MÉTODO JURÍDICO:

- **EXEGÉTICO:** En virtud del análisis de los datos obtenidos de las fuentes legislativas y doctrinarias del derecho nacional y comparado, permitió realizar una interpretación crítica -jurídica de las instituciones del derecho en relación a la problemática de la responsabilidad civil médica, con la finalidad de contrastar la hipótesis planteada.

3.4. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

- A. OBSERVACIÓN:** Esta técnica se utilizó con la finalidad de observar la problemática de dificultad probatoria por parte del agraviado en el marco de un proceso de responsabilidad civil médica, permitiendo de esta manera establecer los fundamentos fácticos y jurídicos que ameritaron el cambio de criterios en la teoría de la carga de la prueba adoptada por el Código Civil Peruano en el art. 1331°, así como

la implementación de nuevos criterios de la prueba y su valoración, prevista en el artículo 196° del Código Procesal Civil, como mecanismo para erradicar o cuando menos disminuir la obstaculización probatoria. Para se observó la doctrinaria y legislación en el derecho nacional y comparado.

- B. ANÁLISIS DOCUMENTAL:** Para cuyo efecto, se recabó información de libros, revistas, artículos de páginas web, tesis, jurisprudencia entre otras fuentes, a fin de obtener la información necesaria para la realización del presente informe de investigación

3.5. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN:

- A. GUÍA DE OBSERVACIÓN:** Permitirá orientar el presente trabajo de investigación, mediante el registro de hechos histórico – sociales - jurídicos, y organizar la información recopilada, permitiendo un manejo idóneo de la información obtenida.
- B. FICHA RESUMEN:** A través del cual se va a proceder al almacenamiento de datos; información que será utilizada al momento de elaborar el informe final.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. SUBCAPÍTULO I: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL CAMBIO DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN A FIN DE EVITAR LA OBSTRUCCIÓN PROBATORIA EN LOS PROCESOS DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD MÉDICA.

- A lo largo del presente trabajo de investigación, hemos evidenciado que la doctrina nacional si bien fija un criterio estático de la prueba al distribuir a cada quién una carga probatoria específica, de no ser satisfecha no opera la responsabilidad, aun cuando el daño sea cierto, subsistente, especial e injusto, ello en atención a lo prescrito en el artículo 196° del Código Procesal Civil, “la carga de probar corresponde a quien alega hechos enmarcados en su pretensión, o a quien, contradiciéndolos, afirmando hechos nuevos, *salvo mandato legal distinto*”, en esta última disposición se encuentran los procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil médica, siendo la carga de la prueba del daño y del quantum indemnizatorio atribuible al agraviado, de conformidad con lo establecido en el art. 1331°. Así pues en nuestro ordenamiento jurídico vigente, en el marco de una prestación de servicios por profesionales de la salud sean estos brindados de manera profesional o técnica, el prestador responderá únicamente por los daños y perjuicios en caso de probársele dolo o culpa inexcusable, según lo preceptuado en el art. 1762° del código sustantivo, pero, siempre y cuando, sea el propio perjudicado quien acredite que estas conductas se derivaron de la inejecución de la obligación pactada en la prestación de servicios, o habiéndose prestado estos resultaran ejecutados de forma parcial, tardía o defectuosa, acarreando como consecuencia

Consideramos pues que la transgresión de principios, como la igualdad de armas, disposición y profesionalización de la prueba, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, constituyen fundamentos jurídicos suficiente, aunados a la búsqueda de la verdad y la justicia dentro de un proceso no sea tan victimario como el propio dañador.

Resultando indispensable cambiar el enfoque probatorio en el proceso civil peruano sobre indemnización por daños y perjuicios a través de la teoría dinámica de la prueba y nuevos criterios de valoración.

4.2. SUBCAPÍTULO II: RESULTADOS DE LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA COMPARADA Y SU IMPACTO EN LA APLICACIÓN DE NUEVOS CRITERIOS DE LA CARGA Y SU VALORACIÓN

El análisis del tratamiento jurídico de la responsabilidad civil médica en los países, de los cuales detallaremos algunos a continuación; en el presente trabajo de investigación, ha permitido reafirmar los lineamientos que insípidamente se concibieron con la intención de cambiar la perspectiva de la prueba y su valoración en el derecho sustantivo y adjetivo civil. Permitiendo con ello proponer una lista de criterios, inspirados en principios como el *deber de colaboración de las partes*, cuyo incumplimiento permita extraer conclusiones en contra, bajo la premisa de la aplicación de una *presunción en contra*, como mecanismo adicional para sancionar conductas obstruccionistas de la parte que, encontrándose en la posibilidad de aportar la prueba según principio de *profesionalización y disposición de la prueba*, no lo hace.

A.- ESPAÑA:

Es uno de los países que a nivel jurisdiccional y doctrinario ha ido construyendo un régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria (*médica*) con gran discusión académica como respuesta a la diversidad de normas que pueden resultar aplicables a los casos materia de análisis; así por ejemplo nos enfrentamos no sólo a la polémica, al igual que en Perú, de si estamos ante una responsabilidad civil contractual (regulada desde los artículos 1101° al 1107° del código civil español) o de naturaleza extracontractual, (artículos 1902° y 1903°) o si incluso se encuentran dentro del Derecho del consumidores y usuarios (regulada en ley especial N° 26° de fecha 19 de julio de 1984 y la Ley n° 22° de fecha 6 de julio, de 1994 que regula la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos); sino que, abona a la disquisición que además la esfera jurisdiccional dentro de la cual se ventilan estos procesos, pudieran ser la penal, contenciosa - administrativa, y/o en lo civil.

Así pues, centrándonos en la esfera de la competencia jurisdiccional en materia civil, sólo se ventilan procesos de responsabilidad sanitaria de origen privado (es decir prestación de personal de la salud particular o en un centro de la salud particular), o cuando la parte a quien se le causó el perjuicio o daño, interpone demanda

exclusivamente contra la Compañía de Aseguradora de la administración pública sanitaria, en virtud del contrato de seguro, conforme lo prescribe el artículo 76° de la Ley N° 50 de fecha 08 de octubre de 1980; o cuando ventilándose en el fuero penal, el perjudicado se reserva el derecho de accionar civilmente, de conformidad con lo establece el inciso 2 del artículo 190° del Código Penal Español.

Centrados en la responsabilidad civil contractual, en la cual el Tribunal Supremo ha tenido gran labor, podemos afirmar que hay similitud a nuestro ordenamiento, al analizar el incumplimiento del contrato de prestación de servicio, o del cumplimiento defectuoso, siempre que se haya producido por dolo, culpa o negligencia, acto seguido debe meritarse el grado de diligencia exigible (artículo 1104°) SIENDO RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA DILIGENCIA CON LA QUE ACTUÓ, exceptuándose los casos de daño fortuito o fuerza mayor. Es finalmente el órgano jurisdiccional quien gradúa el quantum indemnizatorio atendiendo al grado de diligencia y desproporción del daño causado al perjudicado. (artículo 1103°)

SIENDO CARGA DE LA PRUEBA LA EXISTENCIA DEL DAÑO Y EL NEXO CAUSAL, así por ejemplo en los supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo, NO resulta necesario que la conducta del personal sanitario que resulte en calidad de demandado haya actuado con dolo o negligencia, para poder imputar responsabilidad. (Sentido esgrimido mediante Sentencia del Tribunal Supremo, expedida por la Primera Sala de fecha 5 de octubre de 1999 - RJ. 7853).

Sin embargo, debemos precisar que este supuesto se da cuando nos encontramos ante una relación contractual médica de resultados, es decir cuando la intervención médica no consiste en curar una enfermedad, mal o padecimiento, sino que exige un resultado específico solicitado por el paciente, tal es el caso de la cirugía estética.

Ahora bien, si nos situamos en el ámbito de la obligación de medios - "*lex artis ad hoc*" - donde si bien la finalidad última es lograr la salud del paciente, es evidente que dada la intervención de un sinnúmero de actores, este fin no siempre puede ser alcanzado, sin embargo el personal médico no por ello debe escatimar esfuerzos ni aplicar todos los conocimientos, así como suministrar los cuidados y protocolos necesarios a lograr dicho fin. Por lo que en este otro supuesto según Carro (2014) si bien, *incumbe al paciente probar la omisión por parte del médico de la diligencia*

exigida a estos profesionales que sí tuvieron, en otro caso símil, “el rigor de dicha prueba se flexibiliza, admitiéndose la prueba prima facie y las presunciones” (p.37).

En consecuencia, si bien la doctrina jurisprudencial exige la culpa demostrada por el perjudicado, hay una excepción adicional al supuesto de una intervención de resultado, en el que es el médico o personal de la salud el llamado a probar.

El segundo supuesto donde es acertado LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, se da cuando factible la facilidad o disponibilidad probatoria, conforme prescribe el artículo 217° de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así el Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 21 de enero 2003, señaló según Corro (2014), es deber de probar recae sobre el médico que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión (STS de 21 de enero de 2003).¹⁹. Así, lo estiman, entre otras, las SSTS de 3 y 29 mayo 2000, 8 febrero 2001, 31 de julio y 23 de diciembre de 2002. (p.42)

Aquí nace pues, a nuestro entender fuente basta para darle una mirada a nuestro ordenamiento jurídico y hacer los ajustes necesarios para incorporar a manera de regla o excepción en los casos de responsabilidad civil médica dos supuestos, i) la presunción en contra y ii) la carga de la prueba invertida.

Sin embargo, como a lo que todo ser humano y más aún los hombres de derecho aspiramos es alcanzar el valor justicia, razón por la cual creemos que aplicar EL DINAMISMO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, resulta un encuadramiento jurídico que incluye en esencia la responsabilidad probatoria del que se encuentre en posesión o mejor posibilidad o condición de aportarla, sin importar la condición procesal que asuma, pero atendiendo al rol que desempeñó en el desarrollo de todo el evento dañoso.

C.- CHILE:

A efectos de entrar en el análisis de valoración de la prueba, Chile no se centra en el daño sufrido, sino en el deber de cuidado del personal médico y/o de la organización médica que acoge al personal médico con o sin vínculo laboral, donde se realizó la práctica médica. Siendo que, en el caso de entablarse una demanda contra el personal de salud, deberá entenderse que estamos ante una infracción a la *lex artis* debiendo probarse que no cumplió con protocolos y metodologías instituidos por la ciencia médica

Resulta interesante además la estructuración de la prueba en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva de la justicia chilena, debiendo resaltar por ejemplo que: i) el juez quien, en uso de su soberanía judicial, es decir, es exclusividad de su competencia fijar los hechos materia de litis; así como ii) el uso del *testimonio de los propios médicos* la evidencia más idónea para establecer si se infringió el deber de cuidado; así como también iii) el empleo de *máximas de la experiencia*, por el juzgador, cuya máxima expresión se materializa en el uso de la *res ipsa loquitur*.

i. El análisis del deber de cuidado tiene un proceso evolutivo desde la Ley N° 20.584 vigente desde el 01 de octubre del 2012, una ley relativamente nueva, pero que inserta una concepción que se madura desde siempre por distintas legislaciones, esta es la estrecha relación entre el deber de cuidado con los derechos en materia de salud, de tal modo que aunque la responsabilidad médica aún se remita al análisis de un estándar genérico y amplio, como lo es el análisis de la culpa o la falta de servicio, y en consecuencia sólo pueda ser analizada la responsabilidad posterior al comportamiento del demandado, la ley en mención hizo explícito lo que la jurisprudencia había recogido desde mucho tiempo atrás: es decir entender que la responsabilidad apela a juicios ex que recaen en los protocolos y métodos diseñados por la disciplina médica, sea cual fuere el ámbito y circunstancia en la que se ejecutan o desempeña. (Relación laboral, civil, protección al consumidor, etc).

ii. Respecto a la necesidad del empleo del conocimiento experto como testigo, y entiéndase como medio directo de prueba, sin embargo, su admisibilidad exige también un tamiz que lo que la justicia chilena llama *el peligro de un acuerdo corporativo*, es decir, que el testimonio brindado sea sino el resultado de un acuerdo o conspiración institucional (el mal llamado espíritu de cuerpo en la profesión médica), como la *licitud de la prueba*.

Así pues, señala Larroucau (2014) habiendo una necesidad de los magistrados de asistirse de las explicaciones médicas por parte de los testigos médicos, hacen uso, en el ámbito de su soberanía judicial de la que gozan, de la presunción de imparcialidad, pero esta no es absoluta, sino que es posible el empleo de una tacha, sea que se aduzca imparcialidad, o por tener interés en el caso. “Por cierto, para la Corte Suprema estas tachas no son leyes reguladoras de la prueba, de modo que no se preocupa de controlar su empleo” (sección Expertos como Testigos, párr.19-20)

Aunado a ello importa también la observación que realiza este autor para señalar que existe en Chile un Servicio Médico Legal que asiste a los Tribunales a través de la elaboración de un informe médico –legal, instituido así mediante DFL. N° 196-1960.

- iii. Los jueces hacen uso del sentido común, para entender que en cada caso concreto debe valorarse la prueba de uno u otro modo, así no podría estandarizarse las máximas ni las circunstancias sobre las cuales se podría o no aplicar; sino que llama al actuar o comportamiento que debería tener un hombre de ciencia médica promedio ante un caso en concreto, así por ejemplo si se amputa el miembro erróneo, sí se niega la atención a un paciente de emergencia, etc aún sin eximir la responsabilidad de aportar prueba, la máxima de la experiencia opera como un mecanismo de entender cómo se debió actuar y ante ausencia de prueba, a quien se debe imputar la responsabilidad.

Finalmente importa sobre la carga de la prueba, “la lectura que debe prevalecer hiciera la Corte Suprema, en el citado caso *González con Servicio de Salud Valparaíso San Antonio y Martínez*, cuando vincula a la carga de la prueba con el "contenido de la obligación", aceptando que sea corregida por medio de presunciones si, por ejemplo, el contenido de la obligación aleja a la carga de aquel que controla las evidencias”. (como se cita en Larroucau, 2014, en la sección carga de la prueba, párr. 9-12)

Ergo, dos pilares más se suman a lo que el presente trabajo de investigación aspira para la aplicación en la valoración de la prueba en nuestra legislación nacional, *el cuerpo pericial médico legal, y el ipsa loquitur.*

D.- ARGENTINA:

La doctrina y jurisprudencia apunta principalmente, a que el deber de probar recae sobre el actor; lo que implica que para ver resarcido el daño que se le ha perpetrado, deberá poder acreditar: i) que existía en la ciencia de la medicina una mejor técnica o tratamiento, entiéndase científicamente comprobado – aún si suena redundante, y que además este resultaba el de mayor eficacia y efectividad para el tratamiento de la enfermedad que padecía el perjudicado y que no obstante ello, el médico tratante decidió dejar de lado, y por otro lado, ii) que de las pruebas que obran en el expediente clínico; sobre el tratamiento empleado sean erróneas, o cuanto menos infructuosas, razón por la cual la finalidad perseguida (salud) terminó en daños que pueden ir desde una secuela hasta la pérdida funcional o fisiológica de un órgano o miembro, pudiendo incluso desencadenar en la muerte.

Gómez Haiss, D. (2017). La cuestión de la carga probatoria; obedece así, en principio y sin lugar a dudas a la clásica concepción doctrinaria y jurisprudencial de que «el que alega es quien debe probar»; ello cuando se arguye «culpa» en cualquiera de sus manifestaciones naturales (imprudencia, impericia, negligencia) o bien el «dolo» o la intencionalidad de causar el daño; y generalmente por supuesto, se peticiona una reparación económica ante el acaecimiento del evento dañoso producto del presunto obrar imperito del galeno, o bien, de una grave omisión, pues ello debe ser probado, en tanto responsabilidad directa del actor; es decir, la conducta que se estima reprochable, debe estar suficientemente probada en el expediente, sin perjuicio de las apreciaciones que pudiéramos establecer respecto de las llamadas «pruebas dinámicas», las que trataré de hacer referencia más abajo en forma breve. (Gómez, 2017, sección Carga Probatoria, párr. 45-57)

Sin embargo, es importante mencionar lo que establece el que el nuevo Código Civil y Comercial Ley 26.694/14 vigente desde el 1 de agosto del año 2015; la cual en el artículo 1735° introduce cambios notables como, por ejemplo, OTORGA FACULTAD AL JUEZ DE LA CAUSA PARA DISTRIBUIR LA CARGA PROBATORIA; al que se le suma, la oportunidad procesal en cuanto a su aplicación; misma que ha ocasionado evidente polémica.

En consecuencia, nace ante la rigidez de inicial lo que la doctrina nacional argentina denominó *cargas probatorias dinámicas*, inicialmente como un mecanismo flexibilizador de la carga de la prueba y la consecuente dificultad que la aplicación de las mismas tenía en ciertos casos; por lo que resultaba necesario que las cargas se dividan de tal forma que se alcance la justicia, sin que una sola de las partes deba extenuarse para probar mientras que la otra permanezca estática y ajena.

Abona pues la legislación y doctrina argentina, a la teoría de la carga de la prueba que debe aplicarse en los casos de responsabilidad civil médica y que ha sido pues de las dos aristas trabajadas en la presente investigación con la finalidad de evitar obstrucción en la prueba, y alcanzar el valor justicia,

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

V. CONCLUSIONES

- 5.1. En virtud, del desarrollo de la presente investigación dogmática se determinó que existen fundamentos jurídicos para establecer nuevos criterios de la carga y valoración de la prueba, en los procesos de indemnización de daños y perjuicios, por responsabilidad médica, a fin de evitar la obstrucción probatoria, dotando a las partes procesales de una verdadera y efectiva tutela jurisdiccional.
- 5.2. Nuestro ordenamiento prescribe que la carga de probar corresponde a quien alega hechos enmarcados en su pretensión, o a quien, contradiciéndolos, afirmando hechos nuevos, *salvo mandato legal distinto*, siendo que en los procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil médica, *la carga de la prueba del daño y del quantum indemnizatorio atribuible al agraviado*,
- 5.3. La presente investigación, nos permitió identificar y desarrollar como nuevo criterio de la prueba, la *teoría dinámica*. Así como, desarrollar un catálogo de criterios de valoración, tales como la *obligatoriedad de la actuación de pericia médica, aplicación del principio de disposición y profesionalización y la aplicación de presunciones legales en contra por incumplimiento*; a efectos de evitar conductas obstaculizadoras dentro del proceso civil de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica.
- 5.4. Habiendo comparado los criterios normativos nacionales e internacionales, desarrollados en los países de Estados Unidos, España, Colombia y Chile, que se aplican en materia de prueba en los procesos de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad médica, se concluyó que es necesario un cambio de criterios en la doctrina nacional, sobre la prueba y su valoración, a efectos de evitar obstrucciones probatorias.
- 5.5. Finalmente concluimos que resulta conveniente proponer la modificación del artículo 1330° del código civil sobre la carga de la prueba, así como implementación criterios de valoración de la prueba, a través de la modificación artículo 196° del código procesal civil.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

VI. RECOMENDACIONES:

TEXTO ORIGINAL DEL ART. 1331° DEL CÓDIGO CIVIL

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Primer párrafo:

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; salvo que la otra parte se encuentre en mejor condición y posición de aportar la prueba.

Se considera que se encuentra en mejor posición y condición, entre otras circunstancias, cuando se trate de material probatorio propio de su giro o actividad económica y jurídica.

Segundo párrafo:

En aquellos casos en que de los escritos postulatorios y de la prueba actuada fluyan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto; salvo que el demandando haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Tercer párrafo:

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que acaecieron los hechos que configuran la litis, y los antecedentes de las conductas de las partes.

TEXTO ORIGINAL DEL ART. 196° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

El juez debe extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a su conducta asumida en el proceso, máxime si como consecuencia de las mismas la actividad probatoria resulta obstaculizada.

Entre otras, se entiende que se obstaculiza la actividad probatoria cuando no se cumple con las exhibicionales ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, el perito que se niega asumir su designación; salvo se encuentre inmerso en alguna causal del art. 229°, se impide o se niega el acceso al magistrado, peritos o comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentren, se niega a declarar, o responde evasivamente.

CAPÍTULO VII

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y BIBLIOGRAFÍA

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Ayala Dávila, R. (2017). *La responsabilidad civil: Análisis de casos de negligencia médica en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio institucional.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/Ayala_DR
2. Bullard, A. (2005). *Cuando las Cosas Hablan: El Res Ipsa Loquitur y la Carga de la Prueba En la Responsabilidad Civil*. *Temis Revista de Derecho*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8774>.
3. Chávez Flores, L.L. y Paredes Alquizar, Y.L. (2019). *Beneficios de la aplicación judicial de las teorías dinámicas de la carga probatoria en la responsabilidad civil médica contractual*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio institucional.
<http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/15440/>
4. Campos Murillo, W.E. (2012-2013). Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales. *Revista Oficial del Poder Judicial*. 6 - 7, (8 – 9) / 2012-2013
5. Carro Gonzáles, F. (2014) *las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria* [Tesis de Doctorado, Universidad de Coruña]
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=40499>
6. Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Roque, Tercera Edición (Póstuma)
7. Diccionario de la REA
<https://dle.rae.es/negligencia?m=form>

8. Duffo Quintos, M.A. (2020). *Responsabilidad civil médica y aplicación de levantamiento del velo societario* [Tesis de Maestría, Universidad de Lima]. Repositorio institucional.
9. Espinoza Espinoza, J. (2000) La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales. *Derecho PUCP*, (53), 549-582.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.016>
10. Espinoza Vásquez, J (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. IV. 46.
11. Ferla, L. (2014), La pericia médico legal como forma de producir la verdad y sus adversarios en los tribunales brasileños de entreguerras, *Asclepio*, 66 (2): p. 52,
DOI: <http://dx.doi.org/10.3989/asclepio.2014.16>
12. Fuente Del Campo, A. y Ríos Ruíz A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. *Cirugía Plástica Iberoamericana*. 44 (2).
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/3655/365556716002/html/index.html>
DOI: 10.4321/S0376-78922018000200002
13. García Guayama. J.C. (2015). *La Responsabilidad Civil Médica en el Perú*, Derecho y Cambio Social.
14. Gómez Haiss, D.(2017) Breve análisis sobre la responsabilidad civil médica y la realidad actual. *Boletín Salud, Revistas, Salud Doctrina, Salud Y Derecho.Microiuris.com.*, MJ-DOC-10730-AR | MJD10730
<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/30/breve-analisis-sobre-la-responsabilidad-civil-medica-y-la-realidad-actual-gomez-haiss-dante/>
15. Gómez Pomar, F. (2001). *Carga de la Prueba y Responsabilidad Objetiva I*, 1-17.
16. Lluch, X.A.; Arribas,J.; Chico, T.; De La Rúa, J.; Fachal, N.; Ferrer, O.; García-Cuerva,S.; González, E.; Molins, E.; Pazos, S.; Piñeiro, S.; Pesqueira, M.; Muñoz,

C.; Ríos, Y.; Rivera, R.; Uriarte, A.; Varea, J. y Villarino, S. (2007). Objeto y Carga de la Prueba Civil.

file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/915286_Objeto_y_carga_prueba.pdf

17. Larenz, K.(1958). *Derecho de Obligaciones*, V. e. Briz. Ed., Editorial Revistas de Derecho Privado, vol. 1.
18. Larroucau, J. (2014) ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en Chile?. *Revista Derecho*, 27(2)
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200003>
19. Lorenzetti, R.L. (2005). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Editorial Jurídica Grijley.
20. Martínez Arce, J.Y. (2018). *Efectos de la clasificación de las obligaciones en función al contenido de la responsabilidad civil médica* [Tesis para obtener Título de abogado, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional.
<http://bibliotecas.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7647/DEmaarjy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
21. Miguel Manrique, L. (2014). *La Historia Clínica como prueba de la diligencia médica y a la verdadera labor del demandante en los procesos de responsabilidad civil de mala praxis*, *Revista Ius Et Veritas*, (s.p).
<https://ius360.com/publico/procesal/la-historia-clinica-como-prueba-de-la-diligencia-medica-y-la-verdadera-labor-del-demandante-en-los-procesos-de-responsabilidad-civil-de-mala-praxis/>
22. Mosqueira, S. (2006 – 2008). *La legislación peruana frente a la responsabilidad civil médica por mala praxis en el distrito judicial de Ancash* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Santiago Antunéz de Mayolo]. Repositorio institucional.
<http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/952/D.C.%20T-0297.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

23. Osterling Parodi, F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. Derecho PUCP, (26), 93-102. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196801.009>
24. Osterling Parodi, F. Inejecución de Obligaciones; Dolo y Culpa, 354. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf>
25. Peyrano, J. W., et al. (2004) Cargas Probatorias Dinámicas. Op. Cit., p. 60.
26. Romero, J.L (2001). *La pericia médico legal en los casos de responsabilidad médica: IV jornadas andaluzas sobre valoración del daño corporal*, 27,11-28.
27. Tapia, M. (2003). Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004.
28. Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Legis S.A. 1.p.8.
29. Taruffo, M. (2008). La prueba. Marcial Pons. p. 133
30. Ternera, F. y Ternera, L.F. (2008) *Breves Comentarios sobre El Daño y su Indemnización*. 7(13) p.101. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/100>
31. Taborda, I.D. (2017). *La carga de la prueba en la responsabilidad médica del Estado por acto quirúrgico, a partir de la constitución de 1991*. [Tesis de maestría, Universidad Libre de Bogotá]. Repositorio institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11116/>
32. Toro, L.M. y Vásquez M.A. (2016). *Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de los servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CEDES*, 7(2),5-12.

33. Virginia Law Review (1954) *Res Ipsa Loquitur en Virginia RDO: Revisión de la ley de Virginia*. Ed. Law Review Association 40(7),951-966.

2.2.6. Normas Legales.

34. Decreto Legislativo N° 295. Código Civil Peruano (1984) *Prueba de Daños y Perjuicios*. Artículo 1331°

<http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

35. Ley N° 26842, de 15 de julio, Ley General de Salud.(1997) Plataforma Virtual Única del Estado Peruano

<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>

BIBLIOGRAFÍA

1. Barreiro Ramos, A.; Barreiro Peñaranda, H.; Quesada Soto, Z.; Fernández Viera, E.; & Marrero Martín, O. (2005). La responsabilidad Civil del Médico. *Revista Cubana de Medicina General Integral*.
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252005000100023
2. Coach RCP Fundación Estatal. Normativa Desfibriladores en Clínicas Dentales. Madrid.
<https://serviciocardioproteccion.com/blog-cardioproteccion/desfibrilador-clinica-dental/>
3. Larroucau Torres, Jorge. (2014). ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 43-79.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-095020140002000033>