

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 10, n.º 12, julio-diciembre, 2019, 105-129

ISSN versión impresa: 1997-6682

ISSN versión electrónica: 2663-9130

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v10i12.26>

Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica¹

Burden of proof in cases of civil liability for
medical malpractice



OCNER CÓRDOVA LÓPEZ

Corte Superior de Justicia de Lima Este

(Lima, Perú)

Contacto: ocordoval@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-3242-0811>

RESUMEN

Una de las funciones principales de la institución de la responsabilidad civil es reparar el daño sufrido por la víctima a través de un resarcimiento económico. Sin embargo, para que la víctima del daño producido como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional pueda obtener la reparación del causante del daño, es preciso que se haya acreditado en el proceso judicial instaurado,

1 El presente artículo inédito forma parte de una tesis para obtener el grado de magíster en Derecho Civil sustentada por el suscrito.

aparte de la existencia del daño y la relación causal, los factores de atribución, que pueden ser *subjetivos*, es decir, cuando existe dolo o culpa; u *objetivos*, cuando se prescinde de ellos. El presente artículo se enmarca dentro del factor de atribución, que para este caso es de carácter subjetivo, se analiza la carga de la prueba de la culpa inexcusable en la responsabilidad civil por mala praxis médica ocurrida en las instituciones sanitarias; más específicamente, se analiza sobre quién debe probar que el daño producido al paciente se debió o no a una culpa inexcusable del profesional de la salud.

Palabras clave: responsabilidad civil, institución sanitaria, carga de la prueba, facilidad probatoria, inversión de la carga probatoria.

ABSTRACT

One of the main functions of the institution of civil liability is to repair the damages suffered by the victim through an economic compensation. However, for the victim of the damages produced as a result of the practice of a professional activity, to obtain compensation for the damages caused, the attributed factors, that may be subjective, that is when there is negligence; or objective, when there is not, must be accredited in trial in addition to the existence of the harm and the causal relationship. This article addresses the attributed factor, which in this case is subjective, it analyzes the burden of proof of the inexcusable fault in civil liability for medical malpractice in health institutions; more specifically, it analyzes who must prove that the harm produced to the patient was due to the inexcusable negligence or not of the health professional.

Key words: civil liability, health institution, burden of proof, evidentiary facility, reversal of the burden of proof.

Recibido: **31/05/19** Aceptado: **31/10/19**

1. INTRODUCCIÓN

Para que exista responsabilidad civil y la obligación de resarcir económicamente a un perjudicado, se requiere que este no solo acredite la existencia del daño y el nexo de causalidad (entre el daño y el agente), sino además el factor de atribución, es decir, a título de qué es responsable el causante del daño, si a título de dolo o de culpa. En los casos de la ocurrencia de un daño a un paciente como consecuencia de un acto médico practicado dentro de una institución sanitaria, para que exista obligación de resarcir a favor del paciente perjudicado, se requiere que se pruebe, aparte del daño y del nexo causal, la culpa inexcusable del profesional de la salud. El presente artículo se enmarca, precisamente, dentro de este último presupuesto, esto es, respecto de la carga de la prueba de la culpa inexcusable por mala praxis médica ocurrida dentro de las instituciones sanitarias; más específicamente, se analiza respecto de quién debería probar que el daño producido al paciente se debió o no a una culpa inexcusable del profesional de la salud y quién está en mejores condiciones de acreditar la causa del daño o la inexistencia de culpa inexcusable.

2. RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL PACIENTE Y LA INSTITUCIÓN SANITARIA

Cuando una persona acude a una institución sanitaria, llámese hospital, clínica, policlínico, centro de salud, etc., en busca del mejoramiento de su salud y bienestar, se relaciona jurídicamente con dicha entidad sanitaria de manera contractual, pues por un lado la institución sanitaria al aceptar el requerimiento del paciente asume una serie de obligaciones frente a este, por ejemplo, se obliga a prestar el servicio médico de manera diligente y eficiente, convirtiéndose así en deudora de dicha prestación. Por su parte, el paciente también cumple con el requerimiento efectuado por la institución, convirtiéndose en acreedor. La institución sanitaria

para cumplir con su obligación frente al paciente, esto es, brindar el tratamiento adecuado para mejorar su salud de modo diligente y seguro, recurre a los profesionales de salud que tiene a su disposición (médicos, enfermeros, técnicos, etc.).

En este sentido, se señala que «actualmente, la doctrina predominante considera que la relación entre paciente y centro de salud pública es de naturaleza contractual y que el contrato queda celebrado en el momento de la “aceptación” del paciente en el centro de salud» (Alpa 2006: 922). También se ha indicado que «es evidente que estamos frente a una típica relación de naturaleza contractual, puesto que existe un acuerdo de voluntades de ambas partes así como derechos y obligaciones también de ambas partes» (Mosset 2005: 313); y que «el paciente se convierte en un acreedor de un servicio de salud y la institución sanitaria en una deudora del paciente de brindar el servicio de manera eficiente y diligente» (Woolcott 2002: 438). En efecto:

la relación jurídica entre el privado y el ente público es una típica relación obligatoria, estructurada en un derecho subjetivo del primero y en un correspondiente deber del segundo, donde la regulación de esta relación se adapta exactamente a la regulación de la relación contractual, donde está comprendida la regulación de la responsabilidad, aunque la fuente de la relación no conste en un documento programático de las partes, pero sí en un simple acto de aceptación del paciente al interior de la estructura sanitaria (Morales 2007: 24).

Por tanto, cuando dentro de la institución sanitaria se ocasiona un daño al paciente por culpa inexcusable (negligencia, impericia o imprudencia) del profesional de la salud, la institución sanitaria incumple su prestación consistente en actuar de manera diligente y eficiente. En este contexto, cuando el paciente sufre un daño a su persona como consecuencia de una mala praxis médica (llámese

negligencia, impericia o imprudencia), el responsable no solamente es el médico que directamente ocasionó el daño, sino también la institución sanitaria en donde se produjo el daño; supuesto de hecho que se encuentra subsumido en el artículo 1325.º del Código Civil, que establece: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario».

3. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA

Hemos de partir de que la prueba tiene por objeto verificar las afirmaciones expuestas por las partes y producir certeza en el juez respecto de la controversia (o puntos controvertidos). Por tanto, es de suma importancia que las partes prueben las afirmaciones que hacen en su demanda, en caso contrario, el juez no tendrá certeza respecto de ello, entonces la pretensión será declarada infundada. Precisamente, con mayor razón, en materia de responsabilidad civil en general, la prueba es la médula de dicho proceso, sin la prueba del daño, de la relación de causalidad y de la culpa o dolo (factor de atribución), no habrá resarcimiento alguno a favor del demandante por el daño que hubiera sufrido como consecuencia de la actuación médica. En este sentido, se señala que: «El tema de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad, en general, y de los presupuestos de la responsabilidad profesional, en particular, es de importancia decisiva. Probar o perecer» (Mosset 2005: 174). En efecto, se ha señalado que «el éxito de una acción judicial por responsabilidad civil por mala praxis médica depende del resultado de la pericia técnica, y la carga de la prueba, por parte del paciente, se basa en ella esencialmente» (Alpa 2006: 905). Para que la víctima de un daño, derivado del ejercicio de una actividad profesional, dentro de la responsabilidad de naturaleza contractual, pueda obtener el resarcimiento económico por este, es preciso que

se haya acreditado en el proceso instaurado la existencia del daño, la relación de causalidad y los factores de atribución (culpa o dolo). Son estos tres elementos los que deberán probarse en el proceso sobre responsabilidad civil si la víctima del daño pretende un resarcimiento por el daño sufrido.

Nuestro ordenamiento jurídico admite como criterios de imputación de responsabilidad los siguientes: el subjetivo (la culpa y el dolo) y el objetivo (el riesgo). En efecto, los factores de atribución presentan variantes, dependiendo de la esfera de responsabilidad civil en que nos encontremos. Así, en el ámbito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones (contractual) tenemos: 1) factores de atribución subjetivos, tales como el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve (artículo 1321.º del Código Civil); y 2) factores de atribución objetivos: responsabilidad del deudor cuando se hace valer por un tercero para el cumplimiento de la obligación (artículo 1325.º del Código Civil, el cual señala que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario).

En consecuencia, los factores de atribución subjetivos, tales como el dolo, la culpa inexcusable o culpa leve, en el ámbito de la responsabilidad contractual, también deben ser acreditados en el proceso de responsabilidad civil para que la víctima del daño reciba un resarcimiento económico.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA INEXCUSABLE DEL PROFESIONAL DE LA SALUD

Tal como lo prescribe el citado artículo 1325.º del Código Civil, aplicado a nuestro caso, tendríamos que la institución sanitaria que se vale de los profesionales de salud —médicos o enfermeros— para cumplir la obligación asumida con el paciente, será responsable por los hechos dolosos o culposos en que incurran estos. Cabe precisar,

sin embargo, que de acuerdo con el artículo 1762.º del Código Civil, en la mayoría de los casos, al tratarse de una prestación de servicios que implica la «solución de asuntos profesionales», la institución sanitaria junto con los médicos solo responderían a título de culpa inexcusable, descartándose así cualquier responsabilidad por culpa leve de los profesionales de la salud, pues el citado artículo 1762.º establece que: «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

Ahora bien, para que judicialmente el paciente pueda obtener de la institución sanitaria una reparación o resarcimiento económico por el daño sufrido como consecuencia de una mala praxis médica, el artículo 1330.º establece que es el perjudicado por la inejecución de la obligación (en este caso el paciente) quien tiene que probar que la falta de cumplimiento (o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) de la obligación se debió a la culpa inexcusable del obligado. Así lo prescribe textualmente el artículo 1330.º del Código Civil: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Lo que significa que corresponderá al paciente perjudicado con la obligación acreditar que ese daño que sufrió se produjo por culpa inexcusable del profesional de la salud que actuó en representación de la institución sanitaria. Es decir, si la institución sanitaria incumple con ejecutar su obligación o lo hace de manera parcial, tardía o defectuosa, ocasionando como consecuencia de ello un daño al paciente, será este último quien tendrá la carga de probar que ese daño se debió a una culpa inexcusable del profesional de la salud (del cual se valió la deudora para cumplir con su obligación). Por tanto, de acuerdo con el artículo 1330.º del Código Civil, corresponderá a la misma víctima del daño demostrar y probar, dentro de un proceso

judicial de responsabilidad civil, que el daño sufrido fue por culpa inexcusable (negligencia grave) de los profesionales de salud, lo que significa que la carga de la prueba la tiene el paciente perjudicado.

Sobre la carga de la prueba en los procesos civiles, el artículo 196.º del Código Procesal Civil señala que: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». Es decir, si el paciente perjudicado interpone una demanda de responsabilidad civil por mala praxis médica contra la institución sanitaria alegando y afirmando en su demanda que sufrió un daño por culpa inexcusable del profesional de salud, le correspondería a él, y no a la institución sanitaria, la carga de la prueba, pues tendrá que demostrar y probar en el proceso judicial que el acto médico que le provocó un daño fue como consecuencia de culpa inexcusable del profesional de la salud.

«Por tanto, si el sujeto demandante presenta en su argumentación, como dato de hecho, que el responsable actuó con culpa inexcusable o dolo (como criterio de imputación), tendrá que demostrarlo, usando para ello los datos de demostración indispensables para crear convicción en el magistrado, de lo contrario se verá perjudicado» (Beltrán 2004: 990).

Ante esto consideramos que imponer o establecer que sea el paciente perjudicado con el acto médico (o sus herederos en caso de fallecimiento de este) quien pruebe que el daño sufrido fue como consecuencia de la culpa inexcusable del profesional de la salud, crea una situación de desventaja y de desigualdad del paciente frente a la institución sanitaria. Esto ocasiona que muchas veces, ante la dificultad y retardo en obtener los medios probatorios indispensables que acrediten la causa del daño, no se indemnice dicho daño o el proceso judicial se torne demasiado dilatado, con un elevado costo económico para el perjudicado, o no se otorgue

la indemnización que realmente corresponde por el daño inferido al paciente; generando como consecuencia que el paciente muchas veces se desista de solicitar una indemnización judicialmente y así el daño quede sin resarcimiento. En efecto, ¿qué sucede si el paciente no pudiera probar en el proceso judicial que el daño sufrido fue como consecuencia del actuar culposo del médico? Es evidente que, correspondiendo la carga de la prueba de la culpa inexcusable al paciente perjudicado, el juez no tendría más opción que declarar infundada la demanda por no haberse probado la pretensión.

5. FACILIDAD DE ACCESO A LA PRUEBA POR PARTE DE LA INSTITUCIÓN SANITARIA Y DIFICULTAD DE ACCESO PARA EL PACIENTE PERJUDICADO

Como ya se ha señalado, en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, la carga de la prueba de la culpa inexcusable corresponderá a la víctima o paciente perjudicado con el acto médico. Es claro que en estos casos la institución sanitaria demandada (clínica u hospital) no tendrá la carga de probar la culpa inexcusable de los profesionales de la salud de los cuales se valió para cumplir con su obligación. ¿Cuál sería la consecuencia jurídica si la víctima del daño no pudiese probar la culpa inexcusable del profesional de la salud? Evidentemente, al no existir prueba alguna en el proceso que acredite la culpa inexcusable en el acto médico que produjo el daño, la demanda será declarada infundada por el juez, conforme lo establece el artículo 200.º del Código Procesal Civil.

Estando a que, conforme al artículo 1330.º del Código Civil, es el paciente perjudicado con el acto médico a quien corresponde probar la existencia de culpa inexcusable, debemos preguntarnos: ¿es factible para el paciente perjudicado probar la causa del daño sufrido? ¿Le será factible demostrar la culpa inexcusable del profesional de la salud? ¿Será posible para el paciente probar que el daño sufrido se debió a una actuación culposa (negligencia grave) del profesional de

salud perteneciente a la institución sanitaria? ¿Tendría el paciente los conocimientos técnicos necesarios y las facilidades económicas para llegar a obtener las pruebas y así determinar que ese actuar fue culposo? ¿Tiene el paciente a su disposición las pruebas? ¿Cuánto tiempo demandaría para el paciente dañado el obtener finalmente dichas pruebas? ¿Cuál es el costo económico que debe asumir el perjudicado para obtener las pruebas de la causa del daño recibido?

La dificultad probatoria es el gran problema que enfrentan las víctimas de negligencia médica cuando inician un proceso judicial de responsabilidad civil médica contra las instituciones sanitarias. Dificultad probatoria que va, inclusive, desde la negación del acceso a la historia clínica hasta la comprensión de los términos, procedimientos y actos médicos quirúrgicos realizados. En estos casos, el paciente para acreditar la prueba de la culpa inexcusable tendrá que recurrir a peritos médicos especializados y deberá sufragar el costo que ello implica, situación que no hace sino agravar y perjudicar más a la víctima (económica y moralmente) dado el costo probatorio que deberá asumir, más el tiempo que transcurre hasta la obtención de la prueba idónea. Esta situación legal desprotege a la víctima de negligencia médica y la perjudica impidiendo, dificultando y dilatando la obtención de un resarcimiento justo en un proceso judicial de responsabilidad civil contra la institución sanitaria; y por el contrario beneficia a la institución sanitaria.

Frente a este problema, consideramos, de manera contraria a lo establecido por nuestro Código Civil en su artículo 1330.º, que quien debería probar y acreditar que el daño inferido al paciente no fue como consecuencia de un actuar culposo grave del profesional de la salud, es la misma institución sanitaria (deudora), y no el paciente (acreedor), por las siguientes razones:

- a) La ejecución de la obligación a cargo de la clínica u hospital (deudora) comprende la aplicación de una serie de procedimientos técnicos, desconocidos para el acreedor (víctima) y a la vez ajenos

al conocimiento común de la experiencia; sin embargo, sí son propias y bastante conocidas, específicamente, por la deudora, que es, en el caso, un especialista en el ejercicio de la profesión médica.

- b) Por su función o especialidad, la institución sanitaria está en mejores condiciones de acreditar los hechos.
- c) La institución sanitaria y los profesionales de la salud poseen el conocimiento en medicina; por tanto, están en mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para acreditar que su actuación, que produjo el daño al paciente, no fue como consecuencia de un actuar negligente.

En consecuencia, le resulta más fácil a la institución sanitaria probar la ausencia de culpa inexcusable en el daño producido al paciente. La institución sanitaria posee la prueba, la tiene a su disposición.

Por ello, consideramos que en materia de responsabilidad civil médica por inejecución de obligaciones, a cargo de las instituciones sanitarias, debería invertirse la carga de la prueba; esto es, que sea la institución sanitaria, por estar en mejores condiciones y en mejor posición en el alcance de las pruebas, quien pruebe la causa del daño ocasionado al paciente, es decir, quien demuestre que el daño ocasionado al paciente no fue por culpa inexcusable del profesional de la salud sino por otras causas no imputables; y correspondería únicamente al paciente perjudicado acreditar la existencia del daño o la inexactitud del incumplimiento y la relación de causalidad.

Sin embargo, nos preguntamos: ¿cuán factible es para el paciente perjudicado (o sus herederos) acreditar la existencia de culpa inexcusable en el acto médico que le causó el daño? Más bien nos preguntamos: ¿por qué no debería ser la institución sanitaria quien pruebe la ausencia de culpa inexcusable en el acto médico que produjo el daño? Podría decirse fácilmente que «es la parte que interpone la demanda, que formula sus afirmaciones, a la que

corresponde aportar la prueba para no sufrir las consecuencias». No obstante, corresponde preguntarnos: ¿quién está en mejores condiciones de probar que el daño sufrido por el paciente se debió o no a una culpa inexcusable del médico? ¿El paciente demandante o la institución sanitaria demandada? ¿A cuál de las partes le resulta más fácil probar que el acto médico que produjo el daño al paciente no se debió a culpa inexcusable? ¿A cuál de las partes le resulta más fácil, más rápido y menos costoso acreditar si existió o no culpa inexcusable en el daño? ¿Quién tiene mejor acceso a la historia clínica del paciente y a las demás pruebas? ¿Quién conoce el procedimiento médico, la terminología médica y el tratamiento que se le debe suministrar al paciente?

Consideramos que es la institución sanitaria a quien le resulta más fácil, menos costoso y más rápido probar la causa del daño irrogado al paciente, es ella quien podría desvirtuar que el daño producido al paciente no fue por causa de culpa médica (negligencia, imprudencia o impericia). En este sentido, es preciso tener en cuenta lo que afirma el jurista Mosset al precisar que «de nada sirve una construcción jurídica que reconoce a la víctima de una relación un derecho a la indemnización, si a la hora de regular el tema de la carga probatoria, quién y cómo debe demostrar los extremos exigibles, coloca a una de las “partes”, y mucho más si es la “parte débil”, en una situación de imposibilidad probatoria, de prueba imposible o diabólica» (2005: 174). En efecto, señala la doctrina nacional que:

Resulta irracional e injusto pretender cargar sobre la víctima de los daños la difícil y delicada prueba de la «culpa profesional» cuando esta tiene lugar, sumándose a la correspondiente de los otros presupuestos de la responsabilidad civil. Lo fundamental en una regla para la distribución de una carga probatoria viene a ser la posición sustancial de la parte en el proceso respecto del efecto jurídico que del hecho debe deducirse conforme a la norma jurídica por aplicar (Woolcott 2002: 565).

Consideramos que existen suficientes razones (de facilidad, de disponibilidad, de equidad, de economía, de celeridad y de justicia) para trasladar la carga de la prueba de la culpa inexcusable a la institución sanitaria en favor del paciente o víctima del daño por culpa médica. Por tanto, se debe establecer legalmente o cuanto menos jurisprudencialmente que en casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, la carga de la prueba de la culpa inexcusable corresponda a la institución sanitaria y al profesional de la salud, por ser estos los que se encuentran en mejor posición y situación para demostrar la causa del daño inferido al paciente, pues disponen de la prueba suficiente.

6. ¿CÓMO VIENE RESOLVIENDO LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA CON RESPECTO A LA CARGA DE LA PRUEBA?

6.1. Jurisprudencia extranjera

La doctrina y jurisprudencia extranjeras han evolucionado creando diversos mecanismos tendientes a aliviar al actor de esta difícil carga probatoria; observamos que la jurisprudencia internacional ha ido esbozando una serie de soluciones para superar esta situación de desventaja en perjuicio del paciente-víctima.

a) En España, la sentencia del Tribunal Supremo del 23 de diciembre de 2002 determinó lo siguiente:

Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada —el demandante— que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte —médico ginecólogo— omitió aportar las pruebas que

tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del cómo y porqué de la grave lesión al recién nacido (Fundamento jurídico tercero).

- b) En España, la sentencia expedida por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 16 de mayo de 2005, en el Recurso n.º 187/2004, estableció lo siguiente:

En cualquier caso, como establece la STS [Sentencia del Tribunal Supremo] de 15 de setiembre de 2003, no se trata de que «no se ha probado la culpa» sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación; en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002, declara que el deber procesal de probar recae, también y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, 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 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 lo que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión (Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, 16 de mayo de 2005, n.º 345/2005, 187/2004).

- c) También en España, el Tribunal Supremo en sentencia del 8 de noviembre de 2007 señaló:

con base en jurisprudencia, tanto del Supremo cuanto, incluso, del Tribunal Constitucional, se asume en la argumentación de la sentencia de instancia, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria (Bello 2011: 290).

d) En Argentina, la Cámara Nacional Especializada en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, indica en la sentencia de fecha 15 de agosto de 1985:

En ausencia de historia clínica, cabe presumir que el paciente, que estaba solo afectado de un oído, el izquierdo, y poco tiempo después sufre una otitis en el otro, las padeció como consecuencia de un tratamiento que sin duda se efectuó aunque su extensión se encuentra discutida. Es por la existencia de esta discusión que la carga de la prueba ha de considerarse invertida ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente la prueba de las prácticas a que se le somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. [...] En ausencia de constancias circunstanciadas en la historia clínica, la prueba de que el tratamiento no tuvo la extensión pretendida debió producirla la demandada (Vásquez 1996: 400).

e) Igualmente, la Sala 2.^a de la Cámara Civil y Comercial de Morón, en Argentina, en la sentencia de fecha 10 de abril de 1990 estableció:

Si la historia clínica ostenta importantes omisiones, es una situación que en modo alguno puede perjudicar al reclamante, pues reconocida la especial relevancia de los asuntos médicos, el obrar omisivo de la demandada dificulta o entorpece a la actora para determinar la culpa del galeno. Es decir, se ha quebrantado un deber de colaboración del demandado en facilitar la prueba, sea del obrar culposo, fuese del obrar impecable, con lo que solo él puede perjudicarse en ausencia de acreditación de uno u otro extremo, ya que el cumplimiento de la carga de la otra parte se vio obstaculizada por el accionar suyo, que de por sí es negligente, dado que le era exigible la aportación de datos para coadyuvar a la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se trata (Vásquez 1996: 400).

f) En Argentina, la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala Segunda, con fecha 14 de febrero de 1995, señaló lo siguiente:

Aun cuando como principio incumba al reclamante acreditar la negligencia imputada al establecimiento asistencial, pesa también sobre el demandado el deber jurídico y moral de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, pues muchas veces es él quien está en mejores condiciones de aportar los elementos enderezadores a la consecución de ese fin. [...] Por tratarse de hechos, es posible recurrir a todo tipo de pruebas y aunque, obviamente, la relevante en este tipo de juicios es la pericial médica, también resulta admisible la de presunciones, prueba que a veces es la única a que pueden echar mano las víctimas o sus derechohabientes (Rabinovich 1999: 261).

g) En Colombia, la sentencia del Consejo de Estado, expedida por la Sala en lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, D. C., con fecha 30 de julio de 1992, dijo lo siguiente:

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas [...]. Sin duda resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente al actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real, por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan (Ruiz 2016: 143).

h) En Colombia, la sentencia expedida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, D. C., de fecha 13 de agosto de 1992, Expediente n.º 7274, señaló lo siguiente:

Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado [...]. Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar, de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción, probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza se tornan difíciles de probar (Suárez 1999: 49).

i) En Colombia, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santafé de Bogotá, de fecha 24 de octubre de 1990, Expediente n.º 5902, estableció:

Si tampoco se demostró cuál fue la dosis administrada, en principio y salvo prueba en contrario, que debe suministrar el deudor (la parte demandada), no pudo ser sino precisamente por falta de la diligencia y cuidados debidos o por fuerza mayor. En ausencia de demostración sobre esta, la conclusión a que hay que llegar no puede ser sino lo de que hubo falta de diligencia y cuidado (Acosta-Madiedo 2010: 17).

j) En Colombia, la sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 13 de julio de 1995, en el Expediente n.º 9220, dijo lo siguiente:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente) y tal resultado no se obtuvo, a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su obligación, pues como también lo ha sostenido la Sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue adecuada (Acosta-Madiedo 2010: 18).

k) En Italia, la Corte de Casación (Corte di Cassazione) mediante la Sentencia n.º 11488, de fecha 21 de junio de 2004, estableció lo siguiente:

[...] cuando la ejecución de la prestación consiste en la aplicación de reglas técnicas, desconocidas para el acreedor y a la vez ajenas al bagaje del deudor, que es, en el caso, un especialista en el ejercicio de una profesión protegida.

Atendiendo [...] al principio de «cercanía de la prueba», la Corte di Cassazione considera que lo correcto era exigir al ecografista el descargo por falta de culpa, y no la prueba de la culpa por parte de los demandantes, ciertamente extraños al campo de la actividad médica (León 2005).

l) También en Italia la Corte de Casación, el 21 de diciembre de 1978, en la Sentencia n.º 6141, estableció que:

se considera, en efecto, que la anormalidad del resultado negativo obtenido pueda —donde sea adecuadamente probado el daño— ser suficiente para fundar una presunción de inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional; y haciendo, de tal manera, gravar sobre el profesional la carga de proveer la prueba contraria: de haber ejecutado adecuadamente y diligentemente la prestación profesional (Zana 2005: 218).

6.2. Jurisprudencia nacional

Contrariamente al criterio que viene adoptando la jurisprudencia extranjera, en nuestro país observamos algunas tendencias jurisprudenciales en donde se viene aplicando muchas veces de manera inflexible las reglas de la carga de la prueba, esto es, imponiendo al perjudicado la carga de la prueba de la culpa inexcusable en el acto médico; situación que dificulta, cuando no imposibilita, a la víctima el ejercicio de su derecho de acción a efectos de obtener un resarcimiento por el daño sufrido.

- a) En la Casación n.º 1258-2013 Lima Norte se indica: «[...] por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requería».
- b) La Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia de fecha 15 de octubre de 1998, recaída en el Expediente n.º 1701-98, luego de constatar que la prestación brindada al paciente era de naturaleza contractual, desestima la demanda por el hecho de que «Los medios probatorios actuados no han acreditado la existencia del dolo o culpa inexcusable en el accionar de los demandados» (Monge 2010: 61).
- c) En la Casación n.º 2729-2007 Lima, de fecha 23 de agosto de 2007, en un caso específico en el cual la operación quirúrgica de histerectomía laparoscópica asistida por vagina, practicada a la demandante, dio lugar a la obstrucción distal del uréter izquierdo, situación que hizo imposible la evacuación de la orina contenida en el riñón izquierdo por lo que la paciente fue sometida posteriormente a cinco operaciones quirúrgicas, se declaró infundada la demanda de responsabilidad civil por mala praxis médica, y se señaló que «es un hecho incontrovertible que

la operación practicada a la demandante resultaba de riesgo e implica la solución de un asunto profesional de especial dificultad, por tanto, no habiendo la parte perjudicada acreditado el dolo o la culpa inexcusable», casaron la sentencia de vista.

d) La Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 11 de setiembre de 1998, declaró infundada la demanda en razón a lo siguiente:

Que, la pericia referida fue explicada además, a iniciativa del juzgado en la audiencia de pruebas de fojas 366 sin ninguna observación por parte de los demandantes, concretándose su defensa a hacer algunas preguntas aclaratorias que en modo alguno desvirtúan el mérito de dicho peritaje. Que, no habiéndose acreditado la negligencia de los demandados en la muerte de la víctima, se encuentran exentos de responsabilidad (Barchi 2012).

Se advierte de la jurisprudencia antes citada que, en todos los casos en que no fue posible acreditar la culpa del profesional de la salud, se ha desestimado la demanda de indemnización por daños, lo cual obviamente perjudica al paciente que ha sufrido un daño. En efecto, de la jurisprudencia nacional antes descrita se observa que cuando la carga de prueba de la culpa inexcusable recae sobre la víctima del daño, esto es, el paciente perjudicado con la mala praxis, es muy difícil y hasta a veces imposible que el paciente perjudicado pueda demostrar la culpa inexcusable del actuar del médico. Esto dificulta o hace imposible que obtenga un resarcimiento por el daño sufrido de la institución sanitaria, lo que otorga cierta inmunidad a los profesionales de la salud y a dichas entidades por su actuar negligente, imprudente o imperito.

7. ¿CÓMO DEBERÍA REGULARSE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA INEXCUSABLE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA?

En nuestro Código Civil no existe norma jurídica que regule la carga de la prueba de la culpa inexcusable en materia de responsabilidad civil por mala praxis médica, tampoco una tendencia jurisprudencial. Lo que existe es una norma jurídica que establece de manera general a quién corresponde la carga de la prueba de la culpa inexcusable en materia de inejecución de obligaciones, esta es el artículo 1330.º del Código Civil. Si bien, como hemos visto, dicha norma jurídica resultaría plenamente aplicable al caso materia de investigación, por cuanto la relación jurídica entre la institución sanitaria y el paciente es una típica relación contractual; sin embargo, consideramos que debería dictarse una disposición normativa, o en todo caso promover una tendencia jurisprudencial, que establezca específicamente la carga de la prueba de la culpa inexcusable en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, en favor de la parte más débil de la relación. Ello en atención a que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y porque es la persona que no tiene la prueba.

De esta manera, al corresponder la carga de la prueba de la culpa inexcusable a la institución sanitaria, tendrá que probar que el daño que se produjo al paciente no fue como consecuencia de culpa inexcusable de alguno de los profesionales de la salud del cual se valió para cumplir la obligación, sino por causas imprevisibles (caso fortuito o fuerza mayor). En caso que la institución sanitaria no logre probar ante el juez cuál fue la causa real del daño sufrido por la persona o que el daño no se produjo por alguna causa imprevisible, entonces se presumirá en su contra que el daño sí ocurrió como consecuencia de culpa inexcusable del profesional de la salud (negligencia, impericia o imprudencia). Por tanto, la demanda de

resarcimiento por el daño producido a consecuencia de una mala praxis médica entablada por el perjudicado será declarada fundada y consecuentemente el daño será resarcido en menos tiempo.

Una norma jurídica que viene aplicando el Tribunal Supremo español para los casos de responsabilidad civil por negligencia médica, es el numeral 7 del artículo 217.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

8. A MODO DE CONCLUSIONES

1. De manera general se concluye que si se estableciera que la carga de la prueba de la culpa inexcusable corre a cargo de la institución sanitaria, se facilitaría a la víctima de negligencia médica la obtención de un resarcimiento de manera más pronta y sin mucho gasto; puesto que si la institución sanitaria no probara la ausencia de culpa inexcusable en el daño ocasionado al paciente, se presumiría en su contra que el daño se produjo por culpa inexcusable del profesional de la salud. Por tanto, la demanda será declarada fundada a favor del paciente; consecuentemente, a efectos de demostrar lo contrario, la institución sanitaria aportará todas las pruebas necesarias que tiene a su disposición, evitando así que el paciente incurra en gastos para obtener la prueba que no posee y la demora que ello le genera.
2. La ejecución de la obligación a cargo de la institución sanitaria comprende una serie de procedimientos técnicos de amplio conocimiento para la institución sanitaria. Por consiguiente, le será más fácil y menos costoso probar la inexistencia de culpa inexcusable en el daño o la actuación diligente de acuerdo con las circunstancias; en razón de que la institución sanitaria dispone

de la fuente de prueba, tiene a su disposición la historia clínica del paciente, el testimonio de los profesionales de la salud que intervinieron en el acto médico y los peritos especializados en medicina que podrían explicar y demostrar con suma facilidad las razones por las cuales se produjo el daño al paciente.

3. Aplicar la regla de la carga de la prueba conforme al artículo 1330.º del Código Civil para los casos de negligencia médica, importaría requerir la prueba a quien no la posee, a quien no tiene acceso a ella (historia clínica, informes médicos, peritos médicos), aunado a ello el costo probatorio que deberá asumir el paciente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA-MADIEDO, Carolina Deik (2010). «Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba». *Revista de Derecho Privado*, 43, 3-26. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>
- ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción de Leysser León. Lima: Jurista Editores.
- BARCHI VELAUCHAGA, Luciano (2012). *Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia*. Recuperado de <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/art0010-pe.htm>
- BELLO JANEIRO, Domingo (2011). «La responsabilidad civil del médico». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). *Derecho de daños. Una perspectiva contemporánea*. Lima: Motivensa, 273-324.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge (2004). «Prueba del dolo o culpa inexcusable». En VIDAL RAMÍREZ, Fernando *et al.* *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.

- LEÓN, Leysser (2005). «Apuntes sobre la prueba de la responsabilidad civil del médico dependiente de un centro de salud». Recuperado de <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/apuntes-sobre-la-prueba-de-la-responsabilidad-civil-del-medico-dependiente-de-un-centro-de-salud/>
- MONGE TALAVERA, Luz (2010). «Responsabilidad civil de los médicos: aplicación de los artículos 1970 y 1762 del Código Civil ¿acierto o despropósito?». *Revista del Foro*, XCII, 95, 57-62.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo (2007). «Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada». *Diálogo con la Jurisprudencia*, 109, 21-27.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (2005). *Responsabilidad por daños*. Tomo VIII. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (1999). *Responsabilidad del médico: aspectos civiles, penales y procesales*. Buenos Aires: Astrea.
- RUIZ OREJUELA, Wilson (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. 3.^a edición. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel (1999). «La responsabilidad de las entidades territoriales en la prestación de los servicios médicos. Particularidades que puede presentar este régimen en el campo de la ginecología, la obstetricia y la genética». *Revista de Derecho Privado*, 4, 47-67. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/664/627>
- TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.^a de lo Civil). *STS 1288/2002, 23 de diciembre de 2002*.

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (1996). «La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, 389-402.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka (2002). *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima: Ara Editores.

ZANA, Mario (2005). «La responsabilidad del profesional». *Derecho PUCP*, 58, 203-227.