

La Culpa Profesional en el Campo Sanitario¹

Olenka Woolcott²

El régimen de atenuación de la responsabilidad profesional del art. 2236 del Código Civil Italiano, antecedente legislativo del art. 1762 del Código civil Peruano de 1984. La trascendencia de la interpretación jurisprudencial en el afianzamiento de la “Responsabilidad Profesional”

1. Introducción: El afianzamiento de la “Responsabilidad Profesional” en el vasto ámbito de la Responsabilidad Civil. Razones de un merituado estudio del tema, en especial a propósito de un régimen de aparente limitación de la responsabilidad, como es el art. 1762 del C.C. de 1984.

El presente ensayo no representa sino la continuación del estudio iniciado ya hace algunos años sobre la responsabilidad civil de los profesionales que fuera objeto de nuestra tesis para optar el título de abogado en 1994³. En efecto, aquella preocupación que despertara en nosotros específicamente la fórmula de una norma de nuestro Código Civil de 1984 como el art. 1762⁴, cuyo tenor aparece limitando la responsabilidad civil del profesional al dolo y a la culpa inexcusable, fue constante y motivó decididamente nuestras reflexiones por todo el período que tomó el examen del tema hasta la redacción final de nuestra tesis.

Esa misma preocupación se vio renovada y alentada cuando nos encontramos frente a la posibilidad de estudiar *in situ* el derecho civil italiano. Dado que el cuestionado art. 1762, como resulta de nuestra tesis, tiene por antecedente legislativo el art. 2236 del C.C. Italiano de 1942⁵, nuestra permanencia, inicial de un año, en Italia, antes que el conocer más de cerca esa realidad jurídica ya tenía una razón más que suficiente para proseguir la aventura de la investigación. Así, accedimos con gran entusiasmo al conocimiento de las razones histórico-doctrinarias del art. 2236 C.C. It., pero lo que es aún más importante, procedimos a un examen de las sentencias que a lo largo de los años han venido aplicando esta norma del Código Civil, y así la noción de “culpa profesional” y consiguientemente de “responsabilidad profesional”.

De regreso al país, luego de otros años en Italia por estudios de Doctorado, decidimos ahora publicar nuestra investigación sobre la culpa profesional en el campo sanitario realizada en 1995, a los fines de compartir el conocimiento de cómo la jurisprudencia italiana ha interpretado la norma del art. 2236 C.C. It. Ahora bien, en esta oportunidad, hemos concretado el examen jurisprudencial sobre la responsabilidad profesional al ámbito de la profesión médica porque esta área, por sus propias

-
- (1) Ensayo presentado a la oficina de Doctorado de Investigación, becas de post-grado y premios de la Universidad de Génova, como fruto del trabajo de investigación realizado en el período octubre 1994 - octubre 1995 en la calidad de becaria del programa de becas: “*Alla scoperta dell’Italia*”, promovido por la Banca di Italia, 3era. edición. La investigación fue asesorada por la Profesora Giovanna Visintini, Ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova y en aquél entonces Decana de la Facultad de Derecho.
 - (2) Profesora del curso Responsabilidad Civil 2001-I en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - (3) “*La Responsabilidad civil de los Profesionales. Reflexiones y recomendaciones para su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano*”, Tesis para optar el título de abogado sustentada por Olenka Deniss Woolcott Oyague, Universidad de Lima, Lima-Perú, 1994.
 - (4) El art. 1762 C.C. de 1984 es el siguiente: “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”.
 - (5) El art. 2236 C.C. It. de 1942 es el siguiente: “*Responsabilità del prestatore d’opera. Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”.

características en el despliegue de la actividad y sus múltiples matices, es la que a lo largo de los años ha suscitado mayores problemas para la determinación de la culpa profesional y consecuente responsabilidad. Para esta investigación, nosotros partimos de una premisa, que más bien fuera ya una conclusión de nuestra tesis sobre la responsabilidad civil de los profesionales en 1994, cual es que ésta no es sino la concreción de la más amplia categoría de la Responsabilidad Civil a un ámbito preciso de la actividad humana, como es la de los profesionales. Tratamos de demostrar en esa oportunidad, que no hay una 'responsabilidad profesional específica' como históricamente se trató de imponer y mantener a los fines de convertir a los profesionales en una clase privilegiada y con derecho a un tratamiento concorde a su posición, en desmedro de quienes accedían a sus servicios. En virtud de ello, no se justificaría un régimen de responsabilidad civil de favor en los tiempos actuales, en los que se han multiplicado las ocasiones de generación de los daños, no sólo con la producción de los bienes sino también de los servicios, entre los cuales se hallan los servicios profesionales. Todo lo cual se produce, cierto es, merced al irrefrenable y acelerado avance científico y tecnológico.

Sin embargo, el hecho que hoy no pueda justificarse una categoría privilegiada de los profesionales, no significa que no debamos afrontar el problema de la "responsabilidad profesional", el cual, presenta una serie de vertientes que se alimentan de las notas y aspectos movibles que distinguen la variada y compleja práctica profesional. Entre las dificultades de conceptualización y aplicación a los hechos con que se encuentra su tratamiento jurídico podemos señalar como las más representativas las siguientes: la que plantea la clásica división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, la de clasificar las obligaciones en "medios" y "resultados" con el consiguiente planteamiento del problema de la carga de la prueba. En fin, todos ellos, problemas atinentes a la responsabilidad civil en general, pero que en el caso concreto de nuestro interés, esto es, la actividad profesional, esos problemas alcanzan connotaciones

particulares y hasta se podría decir que, éste es el ámbito en que tales dificultades se presentan con mayor intensidad. Basta dar una mirada a las alusiones que hacen la doctrina y jurisprudencia a nivel de Derecho Comparado a los casos de las obligaciones profesionales o la dificultad de distinguir si la responsabilidad del médico u otro profesional era o no contractual o extracontractual, para verificar que nos hallamos en un área difícil, lo que notamos de inmediato cuando hacemos frente a un caso concreto de responsabilidad profesional.

Los problemas que plantea la responsabilidad civil profesional no hacen sino poner en evidencia una y otra vez más, el carácter casuístico de la responsabilidad civil. Lo importante en el tratamiento de la gama de aspectos que ella presenta es estudiar detenidamente sobre la base de la jurisprudencia y la producción doctrinaria, las diversas áreas de la actividad humana en que tiene lugar la generación de daños.

La importancia del tema de la responsabilidad profesional nos obliga a manifestar nuestro desacuerdo con el título de un artículo que publicara el Dr. Fernando de Trazegnies en 1997 en la Revista del Magister en Derecho Civil: "*La evaporación de la responsabilidad profesional*"⁶, que consideramos no traduce lo que fluye del propio texto, el cual más bien, aunque desde una perspectiva general y de síntesis, hace referencia, a los diversos problemas que atañen al específico ámbito de la responsabilidad profesional, cabiendo agregar que ya en otra oportunidad, el mismo autor propuso un régimen específico para la responsabilidad de los profesionales, aludiendo a la "naturaleza de la obligación profesional"⁷, situándolo en el articulado correspondiente al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, es en el contenido del referido artículo, (el que sólo ahora hemos tenido la oportunidad de leer, por razones de nuestra ausencia del país), en el que con grata complacencia hemos hallado reflexiones que compartimos, habiendo sido las mismas objeto de un extenso e intenso repensamiento a lo largo de nuestra tesis de abogado de 1994, en la que nos avocáramos el examen de la relación jurídico-profesional, de su naturaleza, de

(6) F. De Trazegnies Granda, "*La evaporación de la responsabilidad profesional*" en *Rev. del Mag. en D.C.*, Vol. I, 1997, p.55 ss.

(7) Nos referimos a una publicación del Dr. F. De Trazegnies: "De la responsabilidad no derivada de acto jurídico", en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, PUCP, Fondo Editorial, 1980, p. 390.

la obligación del profesional, respecto de la cual, examináramos y criticáramos la clasificación clásica de los “medios” y “resultados”, de la también discutible separación de los regímenes de responsabilidad en: “contractual” y “extracontractual”, todo lo cual representara para nosotros una vía para demostrar la difícil pero trascendente tarea del juez en la apreciación de los hechos que configuran la llamada “culpa profesional”, respecto de la cual, manifestáramos nuestra preferencia por aludir a una culpa “*a secas*”, utilizando esta expresión, aunque por nada técnica (como es obvio), sin embargo, consideráramos contundente a los fines de rechazar la clásica graduación de la culpa en leve y grave o inexcusable, así como para criticar la fórmula y la lectura literal del art. 1762 del vigente Código Civil.

La voz que anima nuestra posición frente al tema de la responsabilidad profesional, lejos de pretender dibujar una “categoría artificial” distinta a la responsabilidad civil en general⁸, refiere que a quien se halla munido de una determinada especialización, de conocimientos específicos en un área del saber técnico o científico y ello es de cualquier modo avalado por un reconocimiento público, se le exige más de lo que se pide a cualquier particular. “Por lo tanto, el profesional incurre en culpa si, conforme a la prueba de los hechos, él se muestra desprovisto de estas competencias”⁹. Se trata pues de un corolario de origen histórico, por cuanto ya en el Derecho Romano encontramos el brocardo latino *imperitia culpa equiparatur*, recogido como principio por la jurisprudencia romana clásica; luego, los comentaristas del Código Napoleón realizan una interpretación de los arts. 1645 y 1646, referidos a los daños derivados de los vicios de las cosas, en el sentido de un tratamiento severo del fabricante o vendedor, cuando este fuera un “profesional”. Interpretación esta última que recibe eco también en la doctrina y jurisprudencia italianas.

Es decir, la posición de hacer énfasis en la responsabilidad del “profesional” además de raigambre histórica, se renueva en los tiempos actuales, con mayor razón, debemos agregar, dado

el aumento de las posibilidades de producción de daños y afortunadamente, merced a una toma de conciencia que se refleja en el derecho moderno de la responsabilidad civil con el virar de la anquilosada perspectiva sancionatoria hacia una reparatoria, en la que se revalora al ser humano como eje del sistema de tutela jurídica.

Hecha esta premisa, permítasenos visitar el interesante camino recorrido por la jurisprudencia italiana a propósito del art. 2236 C.C. It., una norma cuyo texto hallamos traducido al castellano casi íntegramente en nuestro art. 1762 C.C. de 1984, dejando pendiente el empeño a compartir otras reflexiones sobre un tema tan actual y problemático como el que hoy atrae nuestro interés.

2. Definición. Extensión y límites de la noción de culpa profesional. La diligencia entendida en sentido amplio: elementos. La diligencia como medida del contenido de determinadas obligaciones.

La noción de “culpa profesional” supone preliminarmente la individualización del concepto de diligencia. Este último concepto ha tenido en la doctrina y en la jurisprudencia una tendencia interpretativa diversa: su examen implica la evaluación de la conducta del profesional con respecto a cada caso concreto.

Según el dato legislativo del art. 1176, inc. 1° “*Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia*”. La norma contiene una directiva objetiva como parámetro de evaluación del comportamiento. Así, una interpretación en sentido contrario, la evaluación de la culpa se realiza conforme a un criterio objetivo y abstracto que corresponde a una noción general de culpa.

Cuando el comportamiento del deudor, o sea, el profesional, se caracteriza por regirse por determinadas reglas técnicas, esto quiere decir, que él debe efectuar una específica actividad profesional, entonces, es correcto hablar de “culpa profesional” como una noción contrapuesta a

(8) La referencia a “categoría artificial” aludiendo a la responsabilidad profesional, pertenece al Dr. De Trazegnies, quien, no obstante revelar a través de su artículo “La evaporación de la responsabilidad profesional” que existe una diversidad de aspectos problemáticos en el tratamiento de la responsabilidad civil de los profesionales, intenta justificar de ese modo el título de dicho artículo. V. F. De Trazegnies, F., *op. cit.*, p. 82.

(9) V. G. Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil*, I, Trad. Aída Kemelmajer, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 267.

aquella referida a la “diligencia profesional”. De este modo se concreta la noción genérica de culpa en un espacio determinado de la actividad humana. Y será precisamente el “profesionalismo” lo que distingue esta actividad y que exige una evaluación de la conducta en términos concretos, según el tipo de actividad desarrollada.

La noción de diligencia profesional es el resultado de una evolución jurisprudencial y doctrinaria. Originalmente, la doctrina reconoce a la “diligencia” el significado de cualidad subjetiva de una actividad, y ésta significa: cura (D. 13, 6, 19: “*cura aut diligentia*”)¹⁰, Solicitud, esfuerzo, estudio, atención a un fin específico.

Cada noción de diligencia profesional representa el aspecto técnico de la diligencia, que se refiere no sólo al incumplimiento, sino también a mantener la posibilidad de cumplir.

Domat y Pothier han teorizado el principio según el cual “*si quelqu'un fait profession publique d'un art ou d'un métier, il est censé avoir la capacité nécessaire pour l'exercer*”. Con la aplicación de este principio se trataba de individualizar una especie de culpa en la conducta de todo aquél que realice una cierta actividad sin tener la necesaria capacidad técnica. De este modo se justificaba el reducir la noción de impericia a aquella de culpa.

El *Code Civil* no tiene una norma que contemple una noción amplia de la diligencia, pero la jurisprudencia francesa ha llenado este vacío. Una decisión de la Corte Suprema¹¹ nos muestra que los cuidados del médico no sólo son concienzudos y atentos, salvo circunstancias excepcionales, conforme al estado de la ciencia. En Francia, la jurisprudencia ha elaborado un “derecho profesional no escrito” y una responsabilidad más rigurosa por *faute professionnelle* ya sea de naturaleza contractual

como extracontractual¹².

Ya el derecho romano revela una cierta tendencia a la extensión del término “*diligentia*”. Así lo evidencia el traslado tardío a la responsabilidad contractual del brocardo latino “*Imperitia culpa ad numeratur*”¹³ afirmado por los clásicos en el campo de la responsabilidad contractual, dada la tendencia del Derecho Justiniano al basar esta responsabilidad en el elemento subjetivo de la culpa, justificada en la moral cristiana de la época que consideraba la violación del contrato un pecado.

Aforismos como los enunciados precedentemente, revelan la progresiva extensión del concepto original de la culpa. Así la diligencia no es sólo un criterio de evaluación del

comportamiento del deudor, en función de la imputabilidad de una causa sobreviniente que ha hecho imposible el objeto de la relación obligatoria, si no también implica la determinación concreta del contenido de la obligación, en cuanto representa el comportarse

**“... Cuando el comparimiento del deudor
osea, el profesional se caracteriza por
regirse por determinadas técnicas entonces
es correcto hablar de “culpa profesional”
como una noción contrapuesta o aquella
referida a la diligencia profesional”**

según las reglas de la técnica y del arte, y con eso, la noción llega a coincidir con el deber de cumplir. Esta última acepción constituye un sentido impropio de la noción de diligencia, mientras que el sentido técnico es aquél indicado en líneas anteriores¹⁴.

De la revisión de las tendencias de la jurisprudencia, resulta que, en la noción de “diligencia” confluyen dos elementos: la atención, el cuidado en la realización de la actividad y la capacidad técnica. Así, es posible ver configurados en la noción: la diligencia -propriadamente dicha-, la prudencia y la pericia.

Este último aspecto, el cual extiende los límites del concepto original de diligencia, entendido como contenido de determinadas obligaciones, encuentra su mejor expresión en el ámbito de las obligaciones de hacer, referidas al ejercicio de la actividad profesional, campo donde la pericia constituye el presupuesto de cualquier relación obligatoria.

(10) V. L. Mengoni, “*Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 193.

(11) Cfr. *Cass. civ.*, 20 de mayo de 1936, en *Dalloz*, 1936, I, p. 88.

(12) V. G. Visintini, “*Inadempimento e mora del debitore*”, en *Il Cod. Civ.*, comentario dirigido por P. Schlesinger, Milano, 1987.

(13) V. Mengoni, *op. cit.*, p. 196.

(14) V. L. Mengoni, *op. loc. cit.*

El concepto lato de diligencia como medida del contenido de determinadas obligaciones, como en el caso de quien realiza una actividad profesional, comprende todos aquellos actos requeridos objetivamente por el propio objeto de la prestación.

En ese sentido amplio entendemos la diligencia profesional, y por culpa profesional, el comportamiento contrario a aquélla. Se ha señalado¹⁵ que la culpa profesional descansa en aquellos comportamientos que no se proyectan como idóneos a los efectos de facilitar la consecución de los fines a los cuales se dirige la obra del profesional.

En esta línea de pensamiento, sólo una noción amplia de la culpa nos permite establecer que la culpa profesional se concreta en un determinado campo de la actividad humana, aquélla de los profesionales, que por su naturaleza requiere de una adaptación de la conducta del deudor a las reglas del arte y de la técnica¹⁶.

Así la diligencia debida asume una mayor o menor intensidad según la posición de las partes del contrato, de sus intereses. Emerge de esta manera el carácter deontológico de la diligencia, que además de colocarse como un criterio de evaluación de la simple adaptación formal del comportamiento observado a aquél debido, actúa como instrumento de evaluación relativo al “como” de la actividad ejecutiva en una más directa realización de la actividad de prestación hacia el interés del acreedor¹⁷. Los intereses implicados en el contrato determinan el esfuerzo de la diligencia debida.

3. Referencia a la culpa profesional en el orden legal italiano.

En el ordenamiento legislativo italiano se encuentra una referencia expresa a la culpa profesional, en el art. 43 del C.P. donde se afirma que la culpa puede consistir en la impericia¹⁸.

No obstante que la norma antes citada se remite indistintamente a la negligencia junto a la impericia y a la inobservancia de leyes y reglamentos y otras disposiciones como causa del hecho culposo, la tendencia en el derecho privado parece contener una sola noción de diligencia que comprendería diversos aspectos (V. art. 2232, art. 1176, inc. 2° y art. 2236, del Código Civil Italiano¹⁹).

En el Código Civil encontramos una referencia explícita a la culpa profesional en el art. 1494²⁰ donde asimila al conocimiento del vicio la ignorancia culposa del mismo y que según la elaboración doctrinaria de sus antecedentes legislativos (art. 1502 y art. 1503 C.C. It. abrogado), llega a fundar la responsabilidad más allá de la dolosa reticencia sobre la presencia del vicio, también en la calidad del profesional en cuanto es comerciante. La cualidad de profesional agrega un elemento particular a todas las relaciones jurídicas en las cuales se debe seguir una actividad profesional²¹. De otro lado, destacan el art. 2236 C.C. como norma básica en el tema de la responsabilidad por la culpa profesional y el art. 1176, inc. 2° de donde, a nuestro parecer, conforme

(15) Cfr. G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 53.

(16) A favor de una concepción unitaria de la culpa se manifiestan: M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 327; P. Forchielli, “*La colpa levissima*”, en *Riv. dir. civ.*, 1963, 1, p.179 y p. 205; G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 57.

El sentido objetivo en el cual puede entenderse la diligencia se refiere a un modelo externo al sujeto, como afirma un importante sector de la doctrina argentina con respecto a aquélla llamada “culpa social”, en donde confluyen el elemento psicológico -la voluntariedad- y el elemento normativo, determinado este último por aquello que el hombre medio debe hacer en apego de aquello que la considera como lo debido. V. A. Bueres, *El acto ilícito*, Buenos Aires, 1966, p. 89.

(17) Cfr. M. Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 96.

(18) La Jurisprudencia italiana da a conocer la noción de impericia en las diversas *massime* que se han consolidado: “La impericia presupone el ejercicio de una profesión o de un arte y se responde a dicho título cuando el agente, consciente de su deficiente experiencia profesional, procede al ejercicio no obstante saber que no es capaz de realizar una intervención quirúrgica como la del caso”. Cfr. para todas: *App. Milano*, 15 Nov. 1960, en *Foro Pad.*, 1961, 1, p. 1050.

(19) El art. 2232 se refiere a la ejecución de la obra, “El prestador de obra debe ejecutar personalmente el encargo asumido. Sin embargo, puede valerse, bajo la propia dirección y responsabilidad de sustitutos y auxiliares, si el contrato o los usos consienten la colaboración de otros y es incompatible con el objeto de la prestación”.

El art. 1176 prescribe lo siguiente: “El deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia en el cumplimiento de la obligación.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe ser evaluada teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se ejerce”.

una interpretación en contrario, se podría deducir la noción de culpa profesional.

Conforme a una lectura literal del texto del art. 2236 C.C., emerge un criterio de atenuación de la responsabilidad profesional en cuanto se prevé una limitación de ella al dolo y a la culpa grave cuando la prestación implica la solución de los problemas técnicos de especial dificultad. Todavía una interpretación en este sentido sería absurda porque llevaría a sostener que en estos casos la prestación cuanto más difícil demanda una menor atención y cuidado respecto de aquella ordinaria. La jurisprudencia y la doctrina han aclarado el sentido de la norma afirmando que la limitación a la culpa grave se refiere al aspecto técnico de la culpa profesional, osea, a la pericia.

A continuación se procede a señalar una síntesis referencial de las orientaciones jurisprudenciales y de las opiniones doctrinarias bajo el régimen del Código Civil Italiano de 1865 a modo de aclarar el significado actual del art. 2236 del Código Civil vigente. Por tanto, una vez individualizada la razón que ha inspirado al legislador de 1942 en la elaboración del art. 2236, analizaremos las grandes orientaciones jurisprudenciales que se han afirmado en los últimos 50 años.

Antes de proseguir el examen, cabe citar una sentencia de la Corte Constitucional que en el año 1973 sanciona la diversidad existente entre la noción de negligencia y aquella de imprudencia respecto de la impericia²².

Con ocasión de una consulta de legitimidad constitucional de los artículos 42 y 589 C.P. en relación al art. 3 de la Constitución Italiana en el sentido que permitiría aplicar la graduación de la culpa prevista en el art. 2236 C.C. a la responsabilidad penal, la Corte ha establecido que:

“Es infundada la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 42 y 589 C.P. en la parte en que consienten que en la valoración de la

culpa profesional el juez atribuya relevancia penal sólo a los grados de culpa de tipo particular, en referencia al art. 3° de la Constitución”.

Entonces, la Corte avala la interpretación del art. 2236 C.C. en el sentido de la atenuación de la responsabilidad cuando la culpa consiste en una impericia, justificando al mismo tiempo un tratamiento diferenciado para el profesional en la hipótesis contemplada por la norma, osea, de la particular dificultad técnica.

4. Las orientaciones de la jurisprudencia bajo el régimen del Código Civil Italiano de 1865 en la determinación de la culpa médica. El pasaje de una referencia a la culpa grave como límite a la responsabilidad profesional hacia la importancia del establecimiento de la culpa.

Es interesante conocer cómo el legislador de 1942 llega a contemplar una disposición como aquella del art. 2236, con mayor razón si se tiene en cuenta que en los ordenamientos extranjeros no se prevé una norma similar en la época de la aprobación del Código Civil Italiano vigente²³. Además, es interesante porque parece prever un régimen favorable para el gremio profesional, para el cual -considerando su aptitud y calificación en un determinado ámbito de la ciencia o arte, los que se presumen por la sola posesión de un título oficial- es justo exigirle el máximo de la responsabilidad por todo aquello que realizan en el ejercicio de su actividad.

La fuente del art. 2236 se halla en la jurisprudencia que la ha precedido. Del tenor literal del art. 2236 se desprende una suerte de régimen especial para los profesionales, en el sentido de introducir una responsabilidad limitada al dolo o a la culpa grave. En ello precisamente reside la

(20) En este sentido, V. G. Visintini, *I fatti illeciti, II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, dirigida por F. Galgano, Padova, 1990, p. 96 ss. Según la autora “una interpretación histórica y funcional permite individualizar en el art. 1494 una hipótesis de responsabilidad a título de dolo o culpa profesional por daños relativos a la puesta en circulación de los productos defectuosos. Una posición doctrinaria de tradición francesa ha llegado a fundar esta responsabilidad sea en una reticencia dolosa como en una presunción de conocimiento fundada en la profesionalidad del vendedor”.

(21) Cfr. A. Alterini y R. López Cabana, “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, en *La Ley*, n° 195, 1989, p. 1. Los autores ponen de relieve la inferioridad de los profanos frente a los profesionales, en cuanto estos últimos son titulares del conocimiento y consecuentemente, terminan por determinar las relaciones contractuales a costa de aquéllos.

(22) V. Corte Const., 28 Nov. 1973, n. 166, en *Foro It.*, 1974, I, c. 19.

(23) El Cód. Civ. del Perú de 1984 contiene el art. 1762, el cual, es una traducción casi literal de su similar art. 2236 C.C. It.

problemática de la norma. Más aún, la norma en examen, no hace otra cosa que repetir la infeliz formulación de una *masima*²⁴ difundida y consolidada en la época, conforme a la cual:

“Es responsable contractualmente el médico por graves errores profesionales, considerando la mayor o menor incertidumbre o imperfección del arte”²⁵.

En realidad, la máxima no contiene la *ratio decidendi* de la sentencia. En efecto, la referencia al error grave es sólo un *obiter dictum*. En la decisión jurisprudencial no está en juego un problema relativo a la gravedad de la culpa sino la certidumbre del criterio normativo de imputación a fin de establecer si había o no responsabilidad.

Se trataba de un caso donde un médico al intervenir quirúrgicamente a una paciente por útero rasgado provoca por imprudencia e impericia, la ruptura del útero y de una vía intestinal, ocasionándole de esa manera la muerte.

El médico fue absuelto en el proceso penal por insuficiencia de pruebas porque había duda sobre si la ruptura del útero había preexistido a la intervención quirúrgica.

En el fuero civil, los jueces de Primera Instancia declararon inadmisibile la demanda. La Corte de Apelación confirmó la sentencia. Por el contrario, la Corte Suprema acogió el recurso estableciendo con respecto a la sentencia penal - que era irrevocable- que, “aquella sentencia generaba estado sólo con respecto a la determinación de los hechos ‘materiales’, pero tal determinación concierne sólo al hecho objetivo, mientras que la determinación del incumplimiento de un contrato, de existir entre las partes, compete al juez civil”.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema, conforme a los términos siguientes²⁶:

“En materia de intervenciones quirúrgicas, habiendo mediado una relación contractual entre el médico y el enfermo, corresponde al juez civil evaluar, a los fines de determinar el cumplimiento contractual, si tratándose de un simple acto

operatorio (rasgamiento del útero), ejecutado por un médico de experiencia, siendo éste un árbitro - en tesis- de las buenas condiciones ambientales, que se refieren especialmente a la higiene, y si fuera el caso, de proceder al acto personalmente en el lugar, y no en el hospital vecino, como lo pide la otra parte, así, los familiares, la presión del intestino, confundido por masa de placenta, no previéndose la preexistente perforación del útero -cuya preexistencia fuera afirmada en el caso de especie, aunque en modo dubitativo por la Corte de Bologna en sede penal-, la lesione del propio intestino, al que siguió la muerte, no sea expresión de una negligente ejecución profesional, y responda, por lo menos, al *id prelunqu accidit*; o, si habiendo debido el médico, a quien se confió el paciente, evaluar las incógnitas que aún una operación no difícil puede presentar, especialmente si habiendo sido requerido por los contratantes, hubiera tenido el deber de haber observado otra conducta, haciendo de su arbitrio discrecional un uso más adecuado, con la elección de un local más iluminado, de una mesa de operaciones más adecuada, con la posibilidad de constatar, si preexistía una deformación del útero, y esperar para tomar las providencias médicas y quirúrgicas, urgentes del caso, antes de proceder y lesionar con las pinzas un lado intestinal. Todo ello, cabe repetir, se refiere a la ejecución del contrato, evaluable a la luz de sus disposiciones del código civil, con presunciones de culpa de parte del médico agente ...”

Es dado señalar que la *massima* recordada es el resultado de una marcada confusión en la doctrina sobre el argumento. En realidad, en esta línea, el anotador de la sentencia²⁷, al definir el error profesional como comportamiento técnicamente incorrecto, distingue entre error profesional, no necesariamente culposo, de las hipótesis en que se resuelva un *error scientiae*, *ed error qui detegit imperiatiam*, que se basa en aquel error evidente que sea efecto de un descuido o de una clara incipienda, en definitiva, en aquel error profesional que constituye una **culpa grave**²⁸.

(24) La llamada *massima* en el derecho italiano constituye una regla de derecho de la sentencia, un resumen que contiene la decisión del fallo (en plural, *massime*).

(25) Se lee así con respecto a la *Cass.*, 21 de marzo de 1941, en *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 304.

(26) *Cass.*, 27 de marzo de 1941, *cit.*

(27) Cfr. G. B. Funaioli, “*Iresponsabilità e colpa professionale dei medici*”, en *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 304.

(28) R. de Matteis, *Responsabilità medica*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, colección dirigida por F. Galgano, Padova, 1996. La autora sostiene que en ese caso, la formulación de la máxima, como bien lo ha puesto en evidencia el análisis de la doctrina, la constituye en una que no expresa la real *ratio decidendi* de la sentencia, lo que habria condicionado el texto del art. 2236 C.C. It., en cuyo contexto el error grueso constituye culpa grave.

En este sentido ya se había pronunciado la jurisprudencia en un caso en el que habían sido condenados los profesionales por “incapacidad evidente y descuido de normas y obligaciones indefectibles”²⁹, o por “error inexcusable”³⁰, que fuese “evidente consecuencia de una crasa ignorancia o de un descuido culposo o negligencia de las propias obligaciones profesionales positivas o negativas”³¹. Estas reglas, como se ha visto, son de origen jurisprudencial y se aplicaban específicamente, al campo de la actividad técnico-profesional. Se llega así a distinguir la negligencia y la imprudencia de la impericia.

De la lectura de esas sentencias emerge que el verdadero motivo que lleva a fundar la responsabilidad profesional en la culpa grave se halla en la necesidad de establecer que la culpa por la que aquél debe responder tiene que ser cierta. De este modo, lo que se discutía en esencia, no constituía un tema de graduación de culpas, sino uno relativo a la certeza. Sobre este problema se han desarrollado múltiples opiniones contrastantes, cuyos fundamentos no corresponde evaluar a los tribunales³².

Por nuestra parte, consideramos que la confusión que se ha creado en torno al argumento ha evitado que en concreto los jueces se pronuncien sobre aspectos estrechamente referidos a la técnica, manifestando una actitud que se ha revelado favorable a la clase profesional, en perjuicio de la víctima del daño.

Reforzando lo sostenido, se agrega la

“(…) el verdadero motivo que lleva a fundar la responsabilidad profesional en la culpa grave se halla en la necesidad de establecer que la culpa por la que aquel debe responder tiene que ser cierta”

justificación dada por la *Relazione del guardasigilli*³³ al Código Civil de 1942, conforme al cual la *ratio* de la disposición se halla en la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre dos exigencias opuestas: aquélla de no mortificar la iniciativa del profesional con temor de represalias en caso de fracaso, y aquélla de no perdonar conductas reprobables del profesional. El punto de equilibrio se hallaría precisamente en la aplicación de las reglas normales sobre la responsabilidad, con la única salvedad de la excepción contenida en el art. 2236 cód. civ.³⁴

Entonces, con la introducción del art. 2236 y más aún, con la justificación que ha ofrecido la mencionada relación ministerial, podía parecer realmente que el código hubiera querido introducir un régimen de excepción a las reglas de

responsabilidad. En efecto, la jurisprudencia de la época habló de “limitaciones de la normal responsabilidad atenuada”, de evaluar la diligencia con un menor rigor³⁵.

En definitiva, esa afirmación sobre el pretendido equilibrio de

los intereses es discutible, porque en el fondo, se sacrifica en cierta medida el interés del cliente que ya ha sido bastante golpeado por el daño producido³⁶. En todo caso, pensamos que si se trata de restablecer el equilibrio de la relación se debe buscar ofrecer los instrumentos técnico-jurídicos idóneos a la parte afectada para que ésta pueda actuar en defensa de sus intereses³⁷ y no en cambio, mejorar la posición del profesional en la relación

(29) Cfr. *Cass.*, 25 de febrero de 1993, n. 720, en *Giur. It.*, 1993, I, 1, c. 547.

(30) Cfr. *App. Genova*, 16 de agosto de 1938, en *Tem. gen.*, 1939, p. 184.

(31) *Cass.*, 13 de abril de 1939, n. 1201, en *Giur. It.*, 1940, I, c. 151, con referencia a la responsabilidad del abogado.

(32) Cfr. R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, II, n. 790, p. 396.

(33) Informe de la persona que ejercía las funciones de Ministro de Justicia a la época de la sanción del Código italiano.

(34) V. *Relazione del guardasigilli*, 16 de marzo de 1942, n. 917.

(35) En este sentido, *Cass.*, 13 de octubre de 1957, n. 3589, en *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 78; *Cass.*, 28 de abril de 1969, n. 961, *ivi*, 1962, I, 1, c. 1247; por último, *Cass. civ.*, *Sez. Lav.*, 7 de agosto de 1982, n. 4437, en *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 79 con nota de Somare.

(36) Cfr. A. Alterini y R. López Cabana, “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, en *La Lex*, n.º 195, 1989, p. 1. Los a. destacan la desigualdad cultural que ya existe desde el inicio de la relación profesional-cliente, y advierten que la superioridad corresponde generalmente a la especialidad propia del profesional al cual los profanos confían sus intereses más elevados.

(37) M. Fortino, *La responsabilità civile del professionista*, 1984, p. 35, precisa que el carácter liberal de los profesionales, cuya independencia y discrecionalidad en el ejercicio, así como la naturaleza intelectual predominante de la actividad que atribuye al profesional una cierta autoridad cultural, constituyen aspectos que han sido siempre considerados por el legislador en el curso del tiempo, así como por la doctrina y por la jurisprudencia.

jurídica establecida.

En síntesis, la formulación de la norma es el resultado de la confusión creada en una época anterior a la doctrina y jurisprudencia en torno a ella, con el objeto de afirmar la responsabilidad profesional cuando se está frente a una “culpa cierta”. En esta línea, Giorgi³⁸ indicaba: “se entiende excusar sólo aquella falibilidad que es consecuencia inevitable de la imperfección de las ciencias y de las artes”.

5. Las interpretaciones del art. 2236 C.C. It. en la doctrina y jurisprudencia: de la atenuación de la responsabilidad médica a la limitación de la culpa grave a los problemas técnicos de especial dificultad.

La doctrina ha señalado que el art. 2236 se constituye como norma fundamental en el tema de la responsabilidad por culpa profesional, siendo el texto el siguiente:

“Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestado de obra no responde por los daños, si no en caso de dolo o culpa grave”.

A primera vista, la norma parece introducir una excepción al régimen general de responsabilidad³⁹. En efecto, del tenor literal de la norma, se evidencia una limitación de responsabilidad a la culpa grave en caso de prestaciones que implican la solución de problemas de especial dificultad. Por lo tanto, los elementos que contiene la norma son: prestaciones técnicas que presuponen la observancia de las correspondientes reglas técnicas; además, prestaciones que presentan problemas de especial dificultad técnica.

Si nos limitásemos a la lectura literal de la disposición se llegaría al absurdo de exigir un mínimo

de diligencia justamente en los casos en que la dificultad de la prestación requiere un mayor grado de pericia. Consecuentemente a esta lectura, parecería que el legislador hubiera establecido la responsabilidad sólo para la hipótesis de culpa grave, excluyéndola en cambio, en la de culpa leve.

La doctrina ha jugado un rol importante en la interpretación de la norma, no habiendo podido permanecer indiferente frente a aquella tendencia que mas bien, se orientaba a favorecer en cualquier modo al profesional en perjuicio de la parte de la víctima que debía soportar los efectos del evento dañoso.

Se debe observar que frente al álea de un tratamiento médico, determinado por las condiciones críticas en que se halla el paciente, o por la incertidumbre en torno a los métodos elegidos por el médico, ni la complejidad de la prestación ni cualquier otra razón, justifican una conducta negligente u obrar en contradicción a las reglas propias de la ciencia o arte. Ésta es una convicción que parece ser confirmada por la doctrina o por la jurisprudencia del último decenio en Italia.

En efecto, como sostiene Penneau, con respecto a la doctrina y a la jurisprudencia francesa, la prudencia que ambas han manifestado para con la prestación médica “se debe a la dificultad de controlar la conducta del médico precisamente por el álea del tratamiento y por las dificultades para determinar el nexo de causalidad”⁴⁰. Mientras que, cuanto mayor es el conocimiento y la especialización mayor debe ser la responsabilidad por aquello que se hace.

Por otro lado, en especial, cuenta la trascendencia social de la profesión médica, en cuanto se ejecuta directamente sobre bienes que interesan a todos, como la vida, la salud en general⁴¹, intereses que se confían al médico de la salud, quien se presume, conoce su especialidad.⁴²

(38) Cfr. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Torino, 1899, p. 299 y 255.

(39) También se ha puesto de relieve que con el art. 2236 se ha querido llamar la atención sobre ciertos excesos que representaría establecer la responsabilidad del profesional por incumplimiento: V. C. Lega, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 851.

(40) Cfr. J. Penneau, *Faute e erreur en matier de responsabilité medicale*, Paris, 1973, p. 92-97 y 130-131.

(41) Algunos autores, entre los cuales J. Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 32-34, han subrayado la convicción sobre que la profesión sanitaria es un servicio de interés público.

(42) V. M. Izquierdo Tolsada, *La responsabilidad civil de los profesionales*, cit., por Alterini y López Cabana, en *Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional*, en *La Ley*, n.º. 49, 1989, p. 3.

En conclusión, frente a la incongruencia de una interpretación literal del art. 2236, con respecto a su aplicabilidad a las situaciones críticas de daño en que se halle un paciente como consecuencia de la actividad ejercitada por el médico, han sido la doctrina y jurisprudencia las que han tratado de señalar los alcances justos de la norma. Enseguida, referiremos las opiniones sostenidas por un importante sector de la doctrina que se ha ocupado de este punto específico de la responsabilidad profesional, pronunciándose precisamente en sentido contrario a lo que aparentemente resulta del tenor de la norma enunciada. Más adelante examinaremos cómo los jueces han operado con respecto a los casos concretos, tratando de esta manera de individualizar las reconocidas tendencias jurisprudenciales.

6. Sigue. Tesis que distinguen la diligencia de la impericia

Por un lado, existe una corriente doctrinaria que, distinguiendo entre diligencia -en sentido estricto- y pericia, trata de superar la aparente incongruencia que provoca el propio texto de la norma, al sostener que la aparente limitación de la responsabilidad a la culpa grave ha sido, en realidad, definida con relación a la culpa por impericia, no extendiéndola en cambio, a la negligencia e imprudencia⁴³.

Para explicar mejor el significado de la diligencia, entendida ésta en sentido amplio, esto es, no sólo como criterio de imputación de responsabilidad -significado técnico- sino como comprensiva de todos los actos requeridos objetivamente para lograr el fin de la prestación, Mengoni indica que “la limitación de responsabilidad a la culpa grave que se contempla en el art. 2236, no alude al error profesional determinado por incuria, por defecto de atención, por la mala voluntad del prestador de la obra, sino solamente al *error qui imperitiam detegit*; porque si el artículo debiera entenderse en función de la *diligentia diligentis*

(el a. denomina así a la diligencia en sentido técnico), estaríamos frente a una regla absurda. Cuando se trata de una prestación profesional que implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el deudor debe esforzarse por ejecutar su prestación con la máxima atención y cautela. No tendría sentido no exigir el máximo esscrúpulo al médico que ejecuta una intervención quirúrgica difícil, mientras que semejante exigencia parece ser espontánea en la hipótesis del transportador de cosas frágiles (hipótesis extraída del *Digesto*)”. De ello resulta, según el autor que “la impericia no se traduce en la figura de la culpa *in adimplendo* sino en una hipótesis de cumplimiento objetivamente considerada conforme al contenido de la obligación. El art. 2236, una suerte de límite a la responsabilidad por incumplimiento, fija más bien un límite a la obligación misma”⁴⁴.

7. Sigue. Concepción unitaria de la culpa.

Por otro lado, se encuentra en la doctrina una posición que concibe la diligencia como una noción unitaria, por ende, no susceptible de distinciones entre diligencia y pericia. En este sentido se ha pronunciado Cattaneo⁴⁵, para quien no es admisible la tesis según la cual, la norma no se referiría a la culpa como defecto de la diligencia del buen padre de familia en sentido propio, sino a aquélla consistente en la falta de la diligencia entendida en sentido amplio, como exacta ejecución de la prestación desde un punto de vista técnico-profesional. Además, según el autor, no es exacto afirmar la necesidad de recurrir a una interpretación restrictiva del art. 2236, a los fines de limitar las connotaciones de la norma a la impericia. Si bien es cierto, el autor pone en relieve que la norma alude a la culpa como impericia, explica que esto se debe al hecho que justamente la norma se refiere a “la solución de problemas técnicos”, esto es, a prestaciones que se conforman a ciertas reglas técnicas y científicas, siendo en realidad, la especial dificultad técnica del problema propuesto el

(43) Cfr. A. de Martini, *La responsabilità civile del medico*, en *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1254 ss.; E. D'Amelio, *Responsabilità e colpa del libero esercente la professione di medico chirurgo*, en *Resp. civ. e prev.*, 1970, p. 374 ss.

(44) V. L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 206 ss.; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., p. 276, quien subraya que la culpa grave del art. 2236 hace referencia a la pericia.

(45) V. G. Cattaneo, *La responsabilità civile del professionista*, I, cit., 1958, p. 54. El a. considera la culpa como el hecho objetivo consistente en la violación de reglas de conducta, distintas a aquella norma cuya violación constituye incumplimiento o acto ilícito.

elemento determinante para la aplicación de la norma⁴⁶.

8. Sigue. Significado y consecuencias de la culpa grave: La tesis de G. Cattaneo: La evaluación de la culpa leve teniendo en cuenta la especial dificultad de la prestación.

La interpretación que hace Cattaneo de la norma del art. 2236 es en el sentido de atribuir un sentido impropio a la expresión “culpa grave” empleada en el art. 2236, considerando la norma como una simple aplicación del principio general -diligencia del buen profesional (art. 1176, 2°)- respecto al cual, se habría querido introducir una excepción. Esto es, la “culpa grave” del artículo en referencia, no sería otra cosa que la “culpa leve examinada teniendo en cuenta las especiales dificultades técnicas de la prestación”. La norma no establecería un determinado criterio abstracto menos severo para evaluar la culpa, sino, precisa el autor que se requiere -aún no siendo necesario- se tengan en cuenta en el examen ciertas circunstancias del hecho concreto. El significado de la norma, desde esta perspectiva, no puede ser sino la siguiente: resulta necesario evaluar el comportamiento del profesional teniéndose en cuenta las dificultades técnicas que se le presentan en el caso práctico. Pero esta regla deriva del concepto general de culpa. De manera que la dificultad técnica no actúa entonces en el sentido de modificar el grado de la culpa (como precería resultar de texto del art. 2236), sino que influye en la configuración concreta del comportamiento del prestador de obra. Por ende, el único modo razonable para aplicar en este caso el artículo, resultaría ser en el sentido de exigir, para la condena al resarcimiento de los daños, un grado de culpa mucho más grave cuando se está en presencia de un problema más difícil⁴⁷.

Esta posición ha sido compartida por un sector mayoritario de la doctrina italiana.

Del recorrido que hemos realizado por las opiniones doctrinarias más representativas podemos deducir que el art. 2236 no contiene una norma excepcional y consiguientemente se admite su aplicación analógica también a la responsabilidad derivada de hecho ilícito y a la responsabilidad penal. Y esta interpretación extensiva se justifica en la medida que quede claro el hecho que el art. 2236 no constituye una aplicación del art. 1176, inc. 2°. C.C. It.⁴⁸

Hecha así una referencia a las orientaciones más significativas de la doctrina en torno a la interpretación del art. 2236, resulta oportuno realizar un recorrido por las orientaciones de la jurisprudencia que se ha avocado al problema, para individualizar las líneas de tendencia que hasta el momento se han afianzado sobre los alcances de la culpa en ámbito de la profesión médica. Este examen resulta de particular trascendencia, por cuanto, es la jurisprudencia la que en esta materia nos ofrece una serie de reglas en virtud de las cuales es posible aseverar que la responsabilidad profesional, en particular de los médicos, representa un tema en el que la casuística ha creado un régimen *ad hoc*, teniéndose en cuenta la naturaleza de la actividad y la importancia de los intereses implicados, como son la vida y la salud. Con esto, no estamos afirmando que existe una responsabilidad profesional especial que viene a configurarse como una responsabilidad atenuada o hasta como una “irresponsabilidad”⁴⁹, sino que la intención es poner énfasis en el hecho que la variabilidad de los casos concretos exige un estudio y análisis profundos de parte de los jueces, que se valen de las normas generales sobre la responsabilidad civil que se hallan previstas en el código, para tratar de alcanzar, por esa vía, una solución justa para el caso concreto. En otros términos, se trata de subrayar la importancia que tiene el rol de la jurisprudencia, en especial en esta

(46) G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 74 y 75.

(47) G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 78-80.

(48) El art. 1176 C.C. It. prescribe: “*Nell’adempiere l’obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata*”.

(49) Cfr. J. Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil*, 1985, p. 237. El autor señala que para sostener la posible existencia de una semejante responsabilidad, por un lado se afirma que la culpa profesional tiene elementos y juicios propios que la distinguen del carácter general referido por el código; por otro, se aboga por la necesidad de conformar ‘tribunales de profesionales’ para conocer los casos cuando algún miembro de la orden haya cometido una imprudencia o una culpa.

materia, en la elaboración de las reglas particulares, fijando en este modo las principales orientaciones que no pueden ser desatendidas bajo riesgo de incurrir en ligerezas en la aplicación de la norma.

Si bien, un amplio sector de la doctrina acoge una concepción unitaria de la culpa, con respecto al art. 2236, sin atribuir a la expresión “culpa grave” su significado tradicional, es decir, de criterio abstracto menos severo para evaluar la culpa del caso concreto, la Corte Constitucional en 1973⁵⁰ ha denegado una cuestión de legitimidad de los arts. 42 (y mejor del art. 43, sobre el elemento psicológico del delito) y 589 (sobre homicidio culposo) del código penal, en la parte que admitirían que, en la evaluación de la culpa profesional, el juez pueda atribuir relevancia penal solamente a determinados grados de culpa, lo que contrastaría con el art. 3° de la Constitución, el cual, consagra el principio de igualdad. La Corte Costitucional no sólo admite abiertamente la posibilidad de graduación de la culpa, sino que acoge al mismo tiempo aquella posición de la doctrina, conforme a la cual, se ve en el art. 2236 una directiva de atenuación de la responsabilidad cuando la culpa consiste en una impericia. La cuestión fue planteada por el Tribunal de *Varese* con respecto a un evento lesivo que fuera producido por el comportamiento culposo de un técnico dental que había actuado en concomitancia con un médico. La resolución judicial asume una especial trascendencia porque, por un lado, extiende la aplicación de la normativa civil al ámbito penal en materia de responsabilidad profesional, y por otro, expresa una interpretación criticada del art. 2236, es decir, aquélla que consagra una atenuación de la responsabilidad en el sector profesional.

A este punto, resulta de utilidad ilustrar los pasajes más representativos de la decisión:

1. “Según el tribunal de *Varese*, los arts. 589 y 42 cód. pen. it., en virtud de los cuales, es responsable penalmente quien con culpa ocasiona la muerte de una o más personas (homicidio culposo) o quien comete otro delito culposo, se hallarían en contradicción con el principio de igualdad de tratamiento, en la parte que “admiten que en la evaluación de la culpa profesional el juez atribuya relevancia penal solamente a los grados de culpa de tipo particular”.

Esas normas, considerando que “la relevancia penal de la culpa profesional no pueda configurarse sino más que en el cuadro de la culpa grave a que se refiere el art. 2236 y en el carácter de inexcusabilidad”, llegan a asumir una estructura elástica, susceptible, en cuanto tal, de contenidos distintos, según sea que el sujeto, frente a quien la norma halla aplicación, sea o no “profesional” en posesión de un título académico. Y para la hipótesis, que conforme a la tesis acusatoria se habría verificado en el caso, en que dos conductas concurren en la producción del único evento lesivo, por un lado, el grado de culpa “juega” como elemento de discriminación en el juicio de culpabilidad de los imputados” y por otro, en igualdad de grado de culpa, se atribuyen consecuencias distintas en el plano de aplicación de la ley penal, con exclusiva referencia a la profesión ejercitada por los imputados.

2. La disciplina especial en ámbito de la responsabilidad penal, que se desprende de los arts. 589 y 42 (y mejor, art. 43) cód. pe. it., en relación al art. 2236 cód. civ., para quien ejerce una profesión intelectual cuando la prestación implique la solución de problemas técnicos de especial dificultad, es reflejo de una normativa dictada (como si la ley en la *relazione del guardasigilli al cód. civ., n. 917*) “frente a dos exigencias opuestas, la de no mortificar la iniciativa del profesional con el temor de represalias injustas de parte del cliente en caso de fracaso y aquélla contraria de no perdonar frente a no aünadas decisiones o actos reprobables del profesional mismo”.

Resulta que sólo la culpa grave, o sea, aquélla que deriva de un error inexcusable, de una ignorancia de los principios elementales del ejercicio de una determinada actividad profesional o propios de una determinada especialización, pueda tener relevancia, en la hipótesis, a los fines de la responsabilidad penal.

Según la doctrina y jurisprudencia, una semejante limitación de la responsabilidad, no conduce a tener que admitir que, junto al mínimo de la pericia requerida, baste sólo un mínimo de prudencia o de diligencia. Más bien, hay que reconocer que, mientras en la primera la condescendencia del juicio del magistrado es directamente proporcional a las dificultades de la

(50) Corte Const., 28 de Nov. 1973, n° 166, en *Foro it.*, 1974, I, c. 19.

tarea, para las otras dos formas de culpa, el juicio no puede basarse sino en criterios de severidad formal.

3. Siendo ello así, si se pasa a la consideración de toda la normativa cuestionada, con referencia al art. 3° de la Constitución, se puede constatar fácilmente que la cuestión carece de fundamento.

El diferente tratamiento jurídico que se reserva al profesional, cuya prestación de obra implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, y a todo agente que no se halle en la misma situación, no puede decirse que se halla vinculado pura y simplemente a condiciones (del sujeto) personales o sociales. La derogación a la regla general de responsabilidad penal por culpa tiene en sí misma una razón de ser adecuada y además, siendo bien delimitada, en cuanto es operativa, y en modo estricto, en el tema de la pericia, siendo ésta que presenta un contenido y límites concretos.

De otra parte, la disparidad de tratamiento que se afirma no puede individualizarse en el hecho de que por la formulación del juicio de culpabilidad de los imputados, el “grado de la culpa” opere como elemento de discriminación, o que en el plano de aplicación de la ley penal, a igualdad de grado de culpa, se atribuyan consecuencias diversas, porque ambas perspectivas hallan su base en la premisa ya examinada.

Por estos motivos, declara infundada la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 589 y 42 Cód. Pen., en el sentido en que admiten que en la evaluación se atribuya relevancia penal solamente a los grados de culpa de tipo particular, cuestión planteada por el Tribunal de Varese en relación al art. 3° de la Constitución.

La *ratio decidendi* de la sentencia es la siguiente: “el diferente tratamiento jurídico que se reserva al profesional, cuya prestación de obra implique la solución de problemas técnicos de especial dificultad, respecto a otro agente que no se halle en la misma situación no puede considerarse vinculado pura y simplemente a condiciones (del

sujeto) personales o sociales”.

Por otro lado, resultan interesantes las resoluciones incidentales de los jueces que afianzaron -con grandes malentendidos y con el agravante de presentarla como opinión de la jurisprudencia y de la doctrina⁵¹- la tesis según la cual “la exención o limitación de responsabilidad no conduce a tener que aceptar que, junto al mínimo de la pericia requerida, baste un mínimo de prudencia o diligencia”. Por tanto, según los jueces, la impericia es evaluada con menor rigor, mientras que la imprudencia y la negligencia responden a un juicio de mayor severidad.

Evidentemente, la sentencia de la Corte no ha considerado la interpretación, al menos la más razonable sobre el art. 2236 C.C. It. Así, ha dado lugar a malentendidos que luego fueron asumidos por la jurisprudencia penal, cuya tendencia ha sido generalmente, en el sentido de garantizar a los profesionales liberales una suerte de inmunidad.

9. La tendencia a una desaplicación del art. 2236 C.C. It. por parte de la jurisprudencia.

Se debe poner en evidencia que el examen de la jurisprudencia revela que el art. 2236, si bien ha sido citado por los jueces en las sentencias, no ha sido aplicado al caso concreto, dado que han sido pocos los casos cuya solución reflejase la hipótesis contemplada en la norma⁵².

A partir de la década de los sesenta se asiste en la jurisprudencia a una tendencia interpretativa dirigida a tutelar a la víctima considerando el daño como elemento central de la responsabilidad civil⁵³, y siguiéndose esta línea en el ámbito de la actividad profesional, la jurisprudencia abandona aquella orientación doctrinal que encontraba en el art. 2236 una norma derogatoria de los principios generales sobre la responsabilidad. Sucesivamente, la jurisprudencia adhiere a las enseñanzas expresadas por la Corte Constitucional en su decisión de 1973⁵⁴.

Entre las sentencias que no han aplicado el

(51) V. U. Breccia, “La colpa professionale”, en *La Giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988, p. 38.

(52) Cfr. *Cass.*, 28 de abril de 1961, n° 961, en *Foro it.*, 1962, I, c. 510; *Giur. it.*, 1962, I, I, c. 1248, con nota de C. Lega, en *Tem.*, 1962, p. 606, con nota de S. Ancona; *App. Milano*, 16 de Oct. de 1964, en *Tem.*, 1964, p. 350; aprobada por *Cass.*, 6 de Dic. de 1968, n. 3906, en *Monit. Trib.*, 1969, p. 230. En cambio, se ha aplicado la norma del *Trib. Milano*, 7 de abril de 1966, en *Tem.*, 1967, p. 297, con nota de G. Cattaneo, donde se afirma que el examen histológico a efectuarse en las linfoglandulas, constituye una prestación de especial dificultad.

(53) V. F. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, en *Riv. crit. del diritto*, 1988, p. 643 ss.

(54) V. Corte Cost., 28 de Nov. de 1973, *cit.*

art. 2236 podemos señalar una decisión de la Corte Suprema en la cual, se excluye la responsabilidad de un radiólogo porque no se había probado la culpa grave⁵⁵. La *massima* precisaba lo siguiente:

“La limitación de la responsabilidad sólo a los casos de dolo o culpa grave, que dispone el art. 2236 a favor de los profesionales que deben resolver problemas técnicos de especial dificultad, puede ser invocada por el médico que haya generado daños al paciente en la aplicación de rayos X”.

En el presente caso, se había determinado una imprudencia y negligencia de un radiólogo que había aconsejado y llevado a cabo un tratamiento notoriamente peligroso y de resultado incierto en tres sujetos a la vez. En especial, el médico había subestimado las reacciones que se iban manifestando con una cierta impotencia durante la cura que afectaban la piel y los ojos del paciente, sin interrumpir la terapia después de las primeras aplicaciones.

En otra decisión del Supremo Colegio, se absuelve a un médico cirujano por no haberse determinado una culpa grave, (reconocida en cambio por el Tribunal de Primera Instancia) porque el inconveniente que se lamentaba podía comprenderse en los riesgos que comportaba la operación, y que no podían evitarse aún mediante la adopción de una técnica diversa. En este caso, que se trataba de una operación al recto, el cirujano, sin darse cuenta, le había extraído al paciente el esfínter interno⁵⁶.

La jurisprudencia más reciente, excluye generalmente la aplicación del art. 2236, por no acreditarse como mínimo el supuesto de la responsabilidad por culpa grave profesional. Ello es así, a pesar de que se halle en las motivaciones de las sentencias una distinción entre la culpa por impericia y la culpa por imprudencia y negligencia -

en sentido estricto⁵⁷. De esta manera, se condena al médico, no obstante se trate de una intervención de gran complejidad técnica, es decir, de especial dificultad, cuando se ha cometido alguna imprudencia o negligencia.

10. Sigue. El art. 2236: evaluación de la culpa en relación a la solución de problemas técnicos de especial dificultad.

Generalmente, la norma en comentario es entendida como la normal aplicación de los principios de responsabilidad por culpa, considerando la regla de la diligencia media calificada ex art. 1176, inc. 2º, y del principio la elasticidad de la referencia al modelo del buen profesional, en cuanto el propio profesional tendrá que operar con a máxima diligencia y pericia posible en razón de la dificultad

de la prestación. Por tanto, es frecuente hallar tales alusiones en las sentencias cuando se haga referencia al art. 2236 como una “atenuación” o “limitación” de responsabilidad.

En una sentencia de la Corte de Casación de 1972⁵⁸ se subraya una definición de “culpa grave” limitada a la noción de impericia. El caso trataba de un accidente automovilístico donde el infortunado había sufrido una fractura en el cuello del fémur derecho. Se reconocía que la intervención quirúrgica, a la que debía ser sometida la víctima, implicaba la solución de problemas de especial dificultad, pero se excluía la culpa grave del ortopédico que había optado por una técnica operatoria (infibulación de un soporte, en el hueso fracturado) en lugar de otra mayormente aplicada (osteosíntesis con clavo), aún reconociendo la responsabilidad por otros hechos de impericia y negligencia graves, es decir: a) al haber tratado de

“... Por ende, el único modo razonable para aplicar en este caso el artículo, resultaría ser en el sentido de exigir, para la condena al resarcimiento de los daños, un grado de culpa mucho más grave cuando se está en presencia de un problema más difícil”

(55) V. Cass., 6 de Dic. de 1951, n. 2754, en *Foro it.*, 1952, I, c. 190; y en *Nuovo diritto*, 1953, p. 454, con nota de C. Lega.

(56) V. *Trib. Milano*, 17 de abril de 1961, en *Temì*, 1961, p. 141; *App. Milano*, 16 de Oct. de 1964, en *Temì*, 1964, p. 350, aprobada por Cass., 6 de Dic., n. 3906, en *Monit. Trib.*, 1969, p. 230.

(57) V. por ej.: Cass., 13 de Oct. de 1972, n. 3044, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1170; *Trib. Velletri*, 19 de marzo de 1979, en *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 567; *App. Milano*, 12 de Dic. de 1980, n. 1702, en *Arch. civ.*, 1981, p. 47; Cass., 21 de Dic. de 1978, n. 6141, en *Giur. it.*, 1979, I, c. 953; Cass., 7 de mayo de 1988, n. 3389, en *Dir. prat. ass.*, 1989, 497; Cass., 1 de Feb. de 1991, n. 977, en *Giur. it.*, 1992, c. 1379.

(58) V. Cass., 13 de Oct. de 1972, n. 3044, *cit.*

soldar el hueso fracturado mediante la introducción de un clavo de un calibre delgadísimo, que no daba garantía de contención; b) al haber reducido la eficiencia del medio empleado, dejando que el clavo, en lugar de fijarse establemente en la cabeza del fémur, sobresaliese por casi dos centímetros y medio; c) al no haber practicado después de la intervención, radiografías laterales, necesarias para verificar si el clavo fue colocado con exactitud; d) al no haber procedido a una inmovilización post-operatoria con el adecuado enyesamiento; e) al haber permitido que el paciente fuera dado de alta sólo a los pocos días después de la intervención.

Para mayor precisión, los jueces de legitimidad aprovechan la ocasión para establecer:

“La culpa grave del profesional, se resuelve en una hipótesis particularmente grave de impericia y, precisamente, en la completa disconformidad del método con respecto a la técnica, sobre el cual había reído la elección, es decir, a aquellas reglas que, según el consenso común de las autoridades científicas y por una consolidada experimentación, se pueden considerar adquiridas en la ciencia y en la práctica, en modo que se configura el bagaje cultural y experimental necesario para el profesional que se dedica a un particular sector de la medicina. El conjunto de aquellas reglas y de aquellas enseñanzas llega a configurar el límite más allá del cual, la libertad de elección del profesional no puede extenderse ... En el sector de la cirugía no se

puede atribuir a culpa grave la elección de un método que realice el operador con respecto a otro. No basta para constituirlo en culpa grave ni la desaprobación de una determinada escuela, cuando otros autores defiendan la validez y la bondad del método elegido, ni las revelaciones estadísticas de los resultados obtenidos con el empleo de uno u otro método, puesto que el éxito de las intervenciones depende, no solamente de la bondad de la técnica empleada, sino también de otros factores que no son dominados, si no sólo en modo imperfecto, por la pericia del operador, como son la resistencia del mal a curar y las reacciones orgánicas del paciente”.

Esta sentencia tiene el valor de aclarar una cierta definición sobre la culpa grave, presupuesto de aplicación del art. 2236. Además, indica que la discrecionalidad que caracteriza la actividad del profesional liberal no puede ir más allá de las reglas consideradas adquiridas por la ciencia y por la praxis en determinadas profesiones.

En realidad, hay tantas sentencias que excluyendo en la práctica los extremos de la “especial dificultad”, han aplicado el inc. 2º del art. 1176⁵⁹.

Para dar un ejemplo, la jurisprudencia ha individualizado como intervenciones que no presentan una “particular dificultad” los casos siguientes: la reducción cruenta de la hernia inguinal y de la reconstrucción plástica de la zona inguinal⁶⁰; la apendicectomía⁶¹; la terapia de electroshock⁶²;

(59) Cfr. *App. Milano*, 12 de Dic. de 1980, n. 1702, en *Arch. civ.*, 1981, p. 47. Se excluyó que el tratamiento con fármacos, del que derivaron graves lesiones de naturaleza neurológica y de carácter irreversible constituya un caso excepcional y extraordinario por no haber sido aún estudiado adecuadamente en la ciencia y experimentado en la práctica. Se trataba simplemente de atenerse a aquella práctica ordinaria y correcta dictada también por fuentes normativas (ley de 9 de agosto de 1954, n. 633 y D.P.R. de 27 de marzo de 1969, n. 128) para el acto anestésico. El médico había omitido visitar y controlar al paciente antes de la intervención, en el curso de la misma y durante la fase del despertar. El caso recae por eso, afirmó la Corte, en la omisión de diligencia, en la inadecuada e incompleta preparación profesional respecto a las tareas que ingresan en el bagaje mínimo de los conocimientos científicos requeridos por tales tratamientos, con la consiguiente responsabilidad por culpa leve. V. también *Trib. Lanciano*, de 9 de mayo de 1978, en *Giur. it.*, 1979, I, 2, c. 370, el que ha afirmado la responsabilidad del ortopédico y de la clínica por negligencia y descuido en la adopción de las medidas de profilaxia (también radiografía) que habrían podido evitar a un niño la reducción funcional del brazo como consecuencia de una fractura del codo.

(60) *V. App. Torino*, 12 de enero de 1968, n. 35, en *Resp. civ. prev.*, 1968, p. 622.

(61) *V. App. Napoli*, 22 de julio de 1969, en *Dir. e giur.*, 1969, p. 644.

(62) *V. Cass.*, 15 de Dic. de 1972, n. 3616, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1474. La máxima señala: “La terapia de electroshock es un acto médico regular que no constituye la solución de problemas técnicos de excepcional dificultad, sino sólo la observancia escrupulosa de normas técnicas, de deberes de diligencia y de prudencia común, en modo que, no siendo aplicable el art. 2236 C.C., el médico no se exime de responsabilidad en los casos de culpa leve”.

(63) *V. Trib. Milano*, 14 de Oct. de 1963, en *Tem.*, 1963, p. 442. En este caso se amputó la arteria del fémur en lugar de la vena safena interna. La máxima reza como sigue: “La operación de safectomía postula una intervención de extrema simplicidad que no requiere la solución de problemas técnicos de especial dificultad del art. 2236 C.C.”.

la operación de safenectomía⁶³; la terapia de electrorroto⁶⁴.

Generalmente, ha sucedido que las *massime* no reflejan las *rationes decidendi*, generando consecuentemente diversos malentendidos. En esta línea, la *massima* siguiente:

“Es aplicable el art. 2236 C.C. a la responsabilidad extracontractual del profesional intelectual llamado a resolver problemas técnicos de especial dificultad”.

El caso ha sido resuelto por la Corte Suprema⁶⁵. Se trataba de una intervención quirúrgica a la médula espinal por supuesta neoplasia. Los jueces se pronunciaron por la responsabilidad del ortopédico que, sin ninguna experiencia en el campo, había afrontado una intervención de alta cirugía. Dicha responsabilidad no se establece en virtud del art. 2236 sino en mérito del inc. 2° del art. 1176. De este modo los jueces hallan una base para defender la tesis de la responsabilidad por culpa leve. Se puede presumir que la razón de fondo que fundara el *decisum* descansaba en el objetivo perseguido por los jueces de no querer acreditar una eventual extensión aplicativa del art. 2236 al campo extracontractual (el médico en cuanto dependiente del hospital no se encontraba contractualmente vinculado con el paciente), y no obstante ello, el anotador de la sentencia ha formulado una *massima* completamente distinta.

La Corte Suprema en una sentencia de 1975⁶⁶ ha aclarado la noción de culpa grave, distinguiendo en modo preciso entre aquellas intervenciones que en concreto pueden ser consideradas como normales y aquellas que son excepcionales y extraordinarias. Sólo con respecto a estos últimos casos, los jueces sostienen que pueda subsistir una

culpa grave. La *massima* señala cuanto sigue:

“Frente a un caso patológico concreto que sea común y ordinario, es decir, que sea típico porque se trata de un caso conocido para la ciencia y en la experimentación médica, con la consiguiente existencia de reglas precisas e indiscutibles, subsiste la responsabilidad ordinaria del médico también por culpa leve, en que no se observase la regla o las reglas a aplicar ya sea por una inadecuada o incompleta preparación profesional común y promedio (impericia) o por la omisión de la mediana diligencia (negligencia). El médico responde, en cambio, sólo por culpa grave (además del dolo) cuando el caso concreto sea extraordinario o excepcional, tanto así que parece no haber sido suficientemente estudiado por la ciencia médica y experimentado en la práctica (si no es hasta incluso ignorado), o también, cuando en la ciencia médica se halla propuesto y discutido diversos sistemas de diagnóstico, terapias y técnicas quirúrgicas, entre las cuales, el médico deba elegir”⁶⁷.

Por tanto, la Casación ha establecido que la prestación profesional comporta “la solución de problemas técnicos de especial dificultad”, cuando la pericia requerida vaya más allá de los límites de una preparación y habilidad del profesional promedio; sólo cuando el caso sea extraordinario y excepcional, tanto que hasta no haya sido estudiado adecuadamente por la ciencia y experimentado en la práctica, el profesional responde por *culpa grave*, mientras que, si el caso es ordinario, responde según los principios generales, osea, por dolo y hasta por culpa leve.

En síntesis, el art. 2236 no comporta una atenuación de la responsabilidad profesional, sino

(64) V. *Cass.*, 9 de marzo de 1965, n. 375, en *Foro it.*, 1965, I, c. 1040.

(65) Cfr. *Cass.*, 26 de marzo de 1990, n. 2428, en *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 600; V. R. Matteis, *op. loc. cit.*

(66) V. *Cass.*, 18 de junio de 1975, n. 2439, en *Giur. it.*, 1976, I, c. 953, con nota de Lega.

(67) En el sentido de distinguir entre caso ordinario y caso excepcional: V. *Cass.*, 29 de marzo de 1976, n. 1132, en *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1980 (alcoholización del ganglio de Gasser. Se reconoció la culpa grave del cirujano que, en conocimiento de los datos que aparecían en la historia clínica, había omitido una intervención de prueba antes de proceder a la alcoholización del ganglio de gasser). *Cass.*, 21 de Dic. de 1978, n. 6141, en *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954 (intervención para corregir un defecto en la planta del pie. Se reconoció un gravísimo e irremediable error técnico del ortopédico al colocar el yeso).

(68) Ya los hermanos Mazeaud aludían a un modelo de comparación para determinar la culpa, sin hacer referencia en momento alguno a un tipo universal del hombre prudente y diligente, sino al tipo de hombre razonablemente diligente definido al interno de circunstancias concretas, pero sin indicar con esto la consideración de circunstancias concretas subjetivas o internas del sujeto, como el estado de ánimo de éste. En efecto, para los citados juristas, el hombre razonable a que se refieren, no es un ser incondicionado. V. H. y L. Mazeaud - A. Tunc, *Tratado teórico y Práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, I, p. 419. A mi juicio, los autores realizan en un cierto modo, un examen concreto-abstracto de la culpa, es decir, para la elaboración del modelo de conducta se sirven de aquellas circunstancias concretas, ciertamente objetivas, que constituyen aquello que circunda al sujeto cuyo es sometido a examen. En este sentido, Alberto Bueres ha postulado la noción de “culpa social”. Cfr.

que contiene una directiva para el juez a los fines que éste deba tener en cuenta las particulares dificultades técnicas del caso concreto. En otros términos, se debe realizar una evaluación de la culpa *in concreto* y rechazar la referencia al parámetro abstracto de la diligencia ordinaria⁶⁸.

En esta línea, cabe poner de relieve que, en la determinación de la culpa profesional es necesario realizar un doble control sobre el comportamiento del profesional: el primero, relativo a la conformidad con un patrón de “profesionalidad” que se desprende de aquella actividad y de ese tipo de prestación, lo que quiere decir, el comportamiento al que se encuentra obligado el profesional según la naturaleza de la prestación. El segundo, se refiere a la conformidad con el comportamiento que se adapte mejor a las circunstancias del caso. En este cuadro analítico, la “especial dificultad técnica” se presenta como una circunstancia que se ha de tener en cuenta en el examen de la conducta en referencia⁶⁹.

Cuando se habla de “problemas técnicos de especial dificultad”, la expresión debe ser entendida en sentido concreto. De lo contrario, no se exigiría el cumplimiento porque la prestación sería imposible de ejecutar. Por tanto, la especial dificultad técnica no debe ser evaluada en base a un criterio de evaluación abstracto. Es preciso adoptar un criterio concreto que se funde en parámetros objetivos (por ej. la especialización, la actualización, la experiencia, etc.). De este modo, una prestación que pueda ser particularmente difícil de ejecutar por un médico general, no lo será para un especialista o para quien dispone de medios y equipo idóneo para el ejercicio de la actividad⁷⁰.

Se debe poner en relieve que “la especial dificultad técnica” se refiere antes que nada, a la prestación, así será necesaria una pericia superior a la ordinaria cuando la prestación se presenta especialmente complicada. En realidad, en el caso en el que el profesional tenga que afrontar una intervención de una particular dificultad técnica, él

no se encuentra en culpa si demuestra haber hecho todo cuanto hubiera sido posible en relación al caso concreto. En este caso, tendrá que demostrar que ha cumplido con las normas que, desde una perspectiva científica, se puedan considerar adquiridas por la ciencia y la práctica⁷¹.

Además, la “especial dificultad” no debe considerarse como la aleatoriedad del resultado y por esto, constituyente del riesgo profesional, dado que en este caso, estaríamos frente al problema de la determinación del nexo de causalidad y no de un problema de determinación de la culpa. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema⁷², en un caso en el que se ha excluido que el “problema de la dificultad particular” haga referencia a la aleatoriedad del resultado y a la incertidumbre en torno a la solución del problema. A este propósito, la Corte ha precisado que una responsabilidad profesional por culpa grave que vaya más allá de las reglas y enseñanzas adquiridos por la ciencia y la experiencia, esto es, el campo de lo opinable, implicaría acoger una inadmisibles equiparación del riesgo profesional con aquello que se encuentra ínsito en las imperfecciones y las incertezas inevitables de la ciencia y de la práctica. Consecuentemente, la Corte ha afirmado que no puede calificarse de culpa grave la elección que haga el médico de un método en lugar de otro.

En efecto, existe una orientación en la jurisprudencia que considera “los problemas técnicos de especial dificultad”, como el presupuesto de aplicación del art. 2236, como causa de exclusión de la responsabilidad⁷³. En otras palabras, los jueces tienden en muchos casos a confundir el examen de la culpa -específicamente el de la culpa grave- cuando se trata de intervenciones de especial dificultad, con el problema de la determinación del nexo de causalidad. Por tanto, no obstante que los jueces hallen en el caso que la intervención tenía especiales dificultades técnicas, no consideran probada la culpa grave, porque en realidad no

A. Bueres. *El acto ilícito*, cit., p. 67.

(69) Cfr. U. Breccia, *op. cit.*, p. 326.

(70) Así ha sido destacado por la *Cass.*, 5 de enero de 1979, I, 1, c. 954 (anestesia espinal mediante inyección lumbar endoraquídea con subsiguiente parálisis de la parte inferior del cuerpo. El paciente debía someterse a una intervención quirúrgica por una hernia inguinal bilateral).

(71) Cfr., *Cass.*, 15 de Dic. de 1972, n. 3616, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1474; *App. Roma*, 6 de setiembre de 1983, *ivi*, 1983, c. 2838; *Cass.*, 29 de marzo de 1976, n. 1132, en *Giur. it.*, I, 1977, c. 1980; *Cass.*, 8 de marzo de 1979, n. 1441, en *ivi*, 1979, p. 1494; *Cass.*, 7 de agosto de 1982, n. 4437, en *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 78.

(72) *V. Cass.*, 13 de oct. de 1972, n. 3044, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1170.

comprueban si existe o no el nexo de causalidad. En sustancia, lo que se da es una sobreposición del problema de la imputabilidad con el de la causalidad.

Así, en un caso en que el cirujano, durante una intervención a la hernia en el disco, había olvidado la punta de una aguja en la herida, provocando una lesión en la raíz nerviosa lo que generara la atrofia del lado izquierdo, los jueces de apelación decidieron que la dificultad de la intervención no permitía al cirujano perder tiempo, con grave riesgo para las condiciones físicas del paciente, en la búsqueda de la aguja. Se desprendía de ello, según el razonamiento seguido por los jueces, que la decisión que tomara el cirujano para cerrar la herida, esperando que la aguja no generase daños "no podía ser definida como de grave imprudencia, a la luz del art. 2236, aunque se hubiera establecido la conexión causal entre la aguja y el evento dañoso"⁷⁴.

De la motivación de otras sentencias se puede desprender que el evento lesionante generado en el ejercicio de la actividad médica puede ser atribuido al riesgo profesional, en el que se comprende aquella actividad que implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad. Por tanto, se concibe un nexo entre dificultad y error médico para constituirlo en el fundamento de la exclusión de la culpa grave, encuadrándose la hipótesis en el art. 2236. En realidad, se alude a la incertidumbre o imperfección de alguna ciencia o arte, es decir, aquello que sería el *error scientiae* que no puede configurar una culpa, en la medida que ésta existe solamente en cuanto hay certeza⁷⁵.

11. Sigue. Líneas jurisprudenciales dirigidas a la extensión de los confines de la negligencia y de la imprudencia como afirmación de la impericia.

Por otro lado, la jurisprudencia más reciente observa una línea de orientación basada en la extensión de los confines del ámbito de la culpa por imprudencia y también de aquella por negligencia -en sentido estricto- en la configuración de la culpa grave del art. 2236. Puede decirse que los jueces de mérito se preocupan por no incurrir en la censura de la Corte de legitimidad por la falta de determinación de una culpa grave por impericia⁷⁶. Por ejemplo, la Corte de Bari⁷⁷ había considerado responsable a un médico primario de un hospital por una intervención de "altísima cirugía" por no tener la experiencia requerida por el tipo de intervención desarrollada (cirugía medular), no obstante cumplir con los requisitos técnico-profesionales y ser titular de una cátedra. En particular, los jueces han considerado responsable al médico en la vía extracontractual, determinando en el caso un comportamiento imprudente⁷⁸.

Generalmente, en estos casos, si bien se hace referencia a la impericia siguiéndose la noción acogida por la conocida sentencia de la Corte Constitucional⁷⁹, la que individualiza en el art. 2236 una suerte de atenuación de la responsabilidad, los jueces en realidad, terminan por encontrar en el comportamiento del responsable una imprudencia grave o una negligencia grave⁸⁰.

(73) En este sentido, V. M. Fortino, *op. loc. cit.*

(74) V. *App. Trieste*, 20 de Nov. de 1971, luego reformada por la *Cass.*, 18 de junio de 1975, n. 2439, en *Giust. civ.*, 1975, I, 1389.

(75) V. *Cass.*, 13 de Oct. de 1972, n. 3044, en *Foro it.*, 1973, I, 1, c. 1170 y por *App. Milano*, 12 de Dic. de 1980, en *Arch. civ.*, 1981, p. 47, que en relación a una intervención considerada de fácil ejecución -tratamiento estético- sobresale con un *obiter dictum* erróneamente elevado a máxima: "el riesgo profesional que contempla la norma del art. 2236 C.C., como eximente de la responsabilidad por daños, puede ser invocado en materia de tratamiento médico-quirúrgico sólo cuando la prestación de obra intelectual implique la solución de problemas técnicos de especial dificultad, donde el profesional responde sólo por dolo o culpa grave".

(76) Cfr. G. Visintini, *I fatti illeciti II. La colpa in rapporto agli altri criteri ecc., cit.*, p. 141.

(77) Trib. Bari, 21 de abril de 1983, en *Corti Bari. Lecce e Potenza*, 1983, p. 221.

(78) Otros ejemplos son considerados por G. Visintini, *op. ult. cit.*, p. 141; en un caso en que se afirma la imprudencia grave y máxima negligencia -para tratamientos radiológicos-, V. *Cass.*, del 6 de Dic. de 1951, n. 2574, en *Foro it.*, 1952, I, c. 90; en un caso por violación de los deberes inherentes al desarrollo de una intervención quirúrgica al fémur -grave negligencia e impericia-, V. *Cass.*, 13 de Oct. de 1972, n. 3044, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1170.

(79) Cfr. Corte Const., 28 de Nov. 1973, *cit.*

(80) En este sentido: V. Trib. Verona, 15 de Nov. de 1989, en *Giur. Merito*, 1991, p. 751, sostiene que, "también a la luz del criterio de menor rigor indicado en la norma del art. 2236 C.C., subsiste la responsabilidad por culpa profesional del demandado bajo el perfil de la impericia y de la imprudencia, ya que el médico no habría debido emprender un trabajo tan difícil y riesgoso, sabiendo o debiendo saber que no disponía de una adecuada preparación científica y de capacidad técnica".

En este cuadro, se puede afirmar que no es fácil para los jueces establecer una clara delimitación entre la culpa por impericia con respecto a la culpa por imprudencia y a aquella por negligencia, no obstante que resulte evidente una tendencia interpretativa orientada a realizar un examen cada vez más severo sobre la culpa médica.

En esta línea, el resultado que deriva es un régimen diferenciado de la culpa por imprudencia y negligencia respecto a aquella por impericia, que se aplica según los casos sin individualizar criterios generales.

En sustancia, todo queda sujeto al examen discrecional de los jueces que según los casos, establecen cuándo se puede determinar la impericia⁸¹. Sin embargo, de la lectura de las motivaciones de las sentencias se puede hallar una directiva de delimitación de la noción de culpa grave a la impericia.

12. Sigue. Culpa grave entendida como “culpa circunstanciada”.

Se sostiene en este sentido que la “culpa grave en cuyos límites debe responder el profesional, en un tentativo de racionalización de las diversas directivas jurisprudenciales se presenta como una culpa circunstanciada a la medicina moderna”⁸². En los casos en que se ha aplicado el art. 2236, osea en el sentido de la responsabilidad del médico por culpa grave, con referencia a la culpa por impericia, se nota que además de que aquella posición constituye la mayoría de los casos, en el razonamiento seguido por los jueces existe la tendencia a medir la pericia debida en función del grado de dificultad del caso concreto, evaluada en relación a determinadas circunstancias objetivas como la competencia, la especialización, la

experiencia adquirida por el profesional. Se dice que existe un alto grado de vinculabilidad, en el sentido que, tratándose de intervenciones altamente especializadas, su éxito, estrechamente ligado al cumplimiento de las reglas técnicas que las rigen, se mide en base al fin para el cual se ha realizado el acto médico⁸³. Del mismo modo es posible hacer referencia a una afirmación que aparece frecuentemente en la jurisprudencia sobre la impericia, en el sentido que “la impericia profesional presenta un contenido variable, que se ha de determinar en relación a cada caso concreto, refiriendo la conducta efectivamente observada por el deudor a la naturaleza y especie del encargo profesional y a las circunstancias concretas en que la prestación debe desarrollarse”⁸⁴.

13. Sigue. Extensión de la noción de culpa médica a la violación de los deberes accesorios. Deber de actualización y deber de información. Integración de relación contractual médico-paciente en base al principio de buena fe.

En esta línea, es decir, aquella que pretende un tratamiento riguroso para con el profesional, se observa una tendencia jurisprudencial que extiende los alcances de la culpa médica a la violación de deberes accesorios de la prestación principal: la asistencia sanitaria. Ciertamente es que, estos deberes llegan a integrar la relación jurídica entre el médico y el paciente, en virtud del principio de la buena fe⁸⁵. A este respecto, resulta ejemplificadora una resolución emitida por el Colegio Supremo en 1979⁸⁶, en la cual se halla culpa grave en un acto de descuido de parte del médico durante el tratamiento post-operatorio. La *massima* de la resolución establece lo siguiente:

(81) Cfr. *Trib. Roma*, 6 de abril de 1984, en *Giur. Merito*, 1987, p. 713; *Trib. Verona*, 15 de Nov. de 1989, *cit.*

(82) Cfr. G. Visintini, *op. cit.*, p. 142; léase también la autorizada interpretación doctrinaria de esta orientación jurisprudencial de G. Cattaneo, *op. ult. cit.*, p. 55 ss.

(83) Así, la *App. Roma*, 27 de Nov. de 1986, en *Nuovo Diritto*, 1988, p. 437; véase también, R. De Matteis, *op. loc. cit.* En esta decisión, la falta de regeneración ósea (resultado que no se espera en una intervención de implante) y la falta de funcionalización del implante de lame de linkow (regla técnica para ese tipo de intervención médica) han servido para afirmar la culpa grave, conforme al art. 2236 C.C., por inobservancia mínima de las reglas del arte, que en ese momento eran indiscutibles, y han sido evaluadas en función del grado de competencia técnica exigible por el profesional médico, que se había comprometido a realizar aquella prestación profesional.

(84) *V. Cass.*, 27 de marzo de 1968, n. 905, en *Foro it.*, 1968, I, c. 2204.

(85) Sobre la trascendencia del principio de la buena fe en la integración de la relación contractual, V. F. Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*. Madrid, 1987; J. L. De Los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona, 1965.

(86) Cfr. *Cass.*, 8 de marzo de 1979, n. 1441, en *Giur. it.*, 1979, c. 1494.

“La omisión de haber adoptado un remedio idóneo para evitar complicaciones post-operatorias, conforme a lo recomendado por el autor de una obra científica, lo que no es susceptible de discusión, configura una culpa grave, aún en presencia de un caso de especial dificultad y que implique opciones técnicas diversas.

La prestación profesional del cirujano, aún si es ejecutada en una clínica privada por un profesional externo que no tiene la obligación de permanecer en ella, no se agota en el cumplimiento del acto operatorio, sino que se extiende a una serie de obligaciones accesorias inherentes al tratamiento post-operatorio”.

En este caso, un paciente que se halla afectado de una “artritis ósea crónica tbc a la rodilla izquierda”, se sometió a una intervención quirúrgica de corte de la rodilla. Posteriormente, como el paciente resulta

encontrarse en un estado de malestar agudo, se había hecho internar en otro hospital, donde le descubren una “pseudo-artrosis en la rodilla izquierda, como consecuencia del corte”, por lo que se le recomendó la amputación de la pierna. Dos años después, internándose en este último hospital para una nueva intervención, se le había formulado un diagnóstico grave de “resultado de corte de la rodilla izquierda con parálisis del flujo sanguíneo”, por lo que se hizo necesario la amputación de la pierna. Los jueces de mérito, de primer y segundo grado, condenaron solidariamente al ente asistencial y al médico al resarcimiento de los daños sufridos por el paciente a causa de la amputación de la pierna.

La Corte de Casación no ha dado mérito a ninguna de las argumentaciones formuladas por el médico contra la sentencia de la Corte de Apelación. Veamos enseguida algunos de los pasajes más importantes de la motivación de la sentencia:

“Conforme a tales principios, -los jueces se refieren a la responsabilidad profesional-, afirmados reiteradamente por esta Corte Suprema, la

responsabilidad del profesional por los daños causados en el ejercicio de su actividad profesional debe ser evaluada conforme a los deberes inherentes al desarrollo de dicha actividad y, en particular, al deber de diligencia, el cual, según el art. 1176, inc. 2°, debe adecuarse a la naturaleza de la actividad ejercida. Por lo tanto, considerando las características particulares de la profesión sanitaria, la diligencia que el médico-cirujano debe emplear en el desarrollo de esa profesión es aquella del profesional normal y cuidadoso, o sea, del profesional que ejerce su actividad con atención escrupulosa y adecuada preparación técnica, de manera que, responde de la culpa leve en caso que, por omitir dicha diligencia, y en todo caso, por disconformidad o incompleta preparación, se haya

verificado un evento lesivo que se conecta a la ejecución, de parte suya, de una cierta terapia médica o de una determinada intervención quirúrgica.

Sólo cuando la prestación que tenga que ejecutarse en concreto comprenda la

solución de problemas técnicos de particular dificultad, se tendrá una atenuación de la responsabilidad del profesional, quien en dicha hipótesis no se halla obligado al resarcimiento sino por dolo o por culpa grave: lo que con respecto al médico se verifica cuando el caso concreto que se le ha encargado trascienda los límites de la preparación y de la habilidad que normalmente se requiere en el ejercicio de la profesión sanitaria, tratándose de un caso excepcional y extraordinario por no haber sido aún estudiado adecuadamente por la ciencia y experimentado en la práctica, o por haber sido objeto de propuestas y discusiones en la ciencia médica con experimentación de los sistemas de diagnóstico y terapias distintas e incompatibles, entre los que de operar en concreto una elección (cfr. Sent. 29 de marzo de 1976, n°. 1132). “...la formación del hematoma en los citados espacios vacíos, constituye una consecuencia suficientemente frecuente de dicha intervención, dada la tendencia de la sangre a acumularse en dichos espacios donde no se provea a impedir el flujo con medios

“(...) La diligencia que el médico cirujano debe emplear en el desarrollo de esa profesión es aquella del profesional normal y cuidadoso(...), que ejerce su actividad con atención escrupulosa y adecuada preparación técnica”

apropiados”.

“Consiguientemente, la falta de previsión, en los relativos dictámenes, de las precauciones a adoptar para impedir complicaciones previsibles, como aquélla, justamente, de la formación de un hematoma, no puede justificar la omisión de dichas precauciones de parte del cirujano, cuyo bagaje técnico, conforme a los mencionados principios, debe comprender necesariamente el conocimiento de todos los remedios que no sean desconocidos a la ciencia y a la práctica de la medicina, siendo en ese caso su ignorancia incompatible con el grado de adiestramiento y de preparación que la profesión sanitaria requiere a quien se dedique a un determinado sector de la profesión sanitaria”.

“La prestación profesional del cirujano, en verdad, no se agota en el cumplimiento del puro y simple acto operatorio, sino que comprende toda una serie (más o menos compleja) de tratamientos pre- y post-operatorios, es decir un complejo de cuidados y de remedios a los que el paciente debe someterse con el fin de practicar la intervención con el menor riesgo y de asegurar enseguida un rápido y favorable desarrollo de la enfermedad, previniendo las posibles complicaciones a través de las medidas consideradas más oportunas ...”.

“Se desprende que, donde por la falta de cumplimiento de la actividad, el paciente sufra un evento lesivo relacionado al surgimiento de dichas complicaciones, no se puede negar la responsabilidad del cirujano, sea o no contractual, de la obra profesional que él ha prestado frente al paciente...”⁸⁷.

En esta sentencia se observa una acentuada meticulosidad en el examen de la conducta del médico, confirmando la existencia de una discrecionalidad en las elecciones de diagnóstico y terapias. En efecto, dicha discrecionalidad no halla un límite en la “ignorancia inexcusable de conocimientos generales y fundamentales de la ciencia médica”, es decir, en el llamado “**craso error**” de otros tiempos. La exigencia de la medicina de vanguardia deja hoy, un espacio más reducido a la incertidumbre, a la duda, en modo que el médico se ve constreñido a comportarse siguiendo aquello que se halla establecido por las

reglas del arte en concreto, teniendo la obligación de actualizarse periódicamente⁸⁸, con el fin de alcanzar el nivel de conocimiento idóneo en relación a los casos concretos.

Esta exigencia de conocimientos científicos, ha sido bien subrayada por la Corte Suprema que ha especificado que, el médico, en el ejercicio de su actividad profesional, debe orientarse a desarrollar dicha actividad compleja, sea en la fase de diagnóstico como en la de terapia o de intervención quirúrgica, aplicando las reglas que, para el consenso común de las autoridades científicas y para la experimentación consolidada, se pueden considerar adquiridas por la ciencia y por la práctica⁸⁹.

En la doctrina, se ha sostenido que la obligación de conocimiento llega a constituir una traducción en concreto de los deberes de buena fe que integran una determinada relación jurídica. De un lado, dicha obligación realiza la exigencia de garantizar al cliente aquello que es incapaz de controlar, o sea, efectivamente, la actividad profesional, y por ótro, de extender el ámbito de definición del exacto cumplimiento de las obligaciones profesionales.

La sentencia en comentario asume importancia ya que pone de relieve que en el desarrollo de la prestación médica confluyen **deberes de naturaleza accesoria**.

En realidad, como se ha visto en el caso sub-especie, el deber del médico no se limita solamente al acto operatorio, sino que comprende una serie de cuidados y remedios que bien pueden preceder o seguir al acto principal del profesional.

Este conjunto de actos pre y post-operatorios comprenden tareas inherentes a la actividad profesional del cirujano, a los que éste se halla obligado en virtud del principio general de la buena fe.

Se debe poner de relieve que la falta de observancia de dichos deberes puede dar lugar a la responsabilidad del médico en cuanto derive para el paciente un evento lesivo. A este respecto, es interesante aclarar que no interesa si la naturaleza de la responsabilidad es contractual o extracontractual, dado que tales obligaciones surgen

(87) *Ibidem*.

(88) Cfr. M. Zana, “La responsabilità del medico nello screening coagulativo”, en *Resp. civ. e prev.* 1981, p. 28.

(89) Cfr. *Cass.*, 29 de marzo de 1976, n. 1132, en *Giur. it.*, 1977, I, c. 1980.

(90) Cfr. F. Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 130 ss. El a. explica cómo los llamados deberes de

lo mismo para el médico según el caso concreto.

Igualmente, cabe poner de relieve que si bien los deberes de los que hablamos son accesorios, respecto a la prestación principal asumida por el profesional, ello no quiere decir que no adquieran un contenido autónomo. En realidad, aunque si el médico haya realizado la intervención quirúrgica cumpliendo las reglas del arte y de la ciencia médica, puede incurrir en responsabilidad por falta de observancia de los llamados deberes accesorios a los que está obligado el profesional⁹⁰

En este cuadro extremadamente complejo, en la relación jurídica médico-paciente, confluye el llamado deber de información de parte del profesional. También en este caso, el principio de la "buena fe" confiere un significado autónomo al deber en referencia. En efecto, la "buena fe" impone al profesional el deber de advertir al paciente los riesgos previsibles en el desenvolvimiento de su actividad, así como la probabilidad del resultado y los métodos alternativos a ejecutar, de modo que el paciente pueda expresar su consentimiento debidamente informado con respecto a los actos médicos a ejecutar.

En otras palabras, el deber de información sirve para determinar los extremos del consentimiento del paciente con respecto a la asunción del riesgo relativo a las consecuencias de una intervención dada.

Un sector de la Doctrina⁹¹ ha afirmado que un acto médico se considera lícito, osea, que no representa una agresión a la persona, cuando concurren, se puede decir, dos elementos: de un lado, la finalidad curativa y de otro, el consentimiento del paciente, el cual tiene el "derecho de disponer de su cuerpo" dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Es con especial atención

a este último elemento que haya justificación el llamado deber de información⁹².

La jurisprudencia ha puesto de relieve, conforme a una orientación uniforme, la importancia del deber de información a cargo del profesional, osea el médico⁹³.

Así, en un caso⁹⁴, en el cual, la intervención quirúrgica se realizó sobre una paciente -en el caso se trataba de una alcoholización del ganglio de Gasser izquierdo-. El médico había omitido proceder a una verificación con el fin de probar la reacción psíquica de la paciente. De la intervención derivaba un déficit del nervio facial, configurado por una compleja y poliforme síndrome neurótica, debida a un disturbo reactivo que se había verificado.

A este respecto, la *ratio decidendi* de la sentencia pronunciada por la Suprema Corte revela que "una regla adquirida por la ciencia médica consiste en que el cirujano, antes de proceder a la intervención, evalúe atentamente la personalidad del paciente, y donde se considere necesario, por no haber podido extraer una conclusión segura de dicha evaluación, se debe proceder a una intervención de prueba". En el caso, la omisión de este método de investigación, que se hacía necesario, ha consentido a los jueces definir como gravemente culposo el comportamiento del profesional.

Sin embargo, la Corte ha puesto en evidencia en un *obiter dictum*, con relación a la omitida información de la paciente sobre las consecuencias ineludibles y probables de la intervención quirúrgica, que: "salvo el caso de situaciones extremas en las cuales la intervención del médico, sea cual fuere el resultado, se presente como necesario y urgente y el paciente no se halle en grado de expresar una voluntad consciente favorable o contraria a ella, el médico que trate de ejecutar sobre el cuerpo del

protección y aquéllos de conservación de la prestación confluyen en una relación contractual en virtud de la buena fe, enriqueciéndola en modo tal que sea posible hablar de una relación jurídica compleja.

(91) Cfr. J. Ataz López, *op. cit.*, p. 54-55.

(92) V. Ataz López, *op. cit.*, p. 70. El a. explica que una correcta información ofrecida por el médico puede dar lugar a dos tipos de problemas: 1) si el diagnóstico es de vida, una información plena podría acarrear un sufrimiento psíquico adicional, entonces, se dice que corresponde al paciente decidir si conocer o no su verdadera situación. En este caso, el autor señala que el deber de información del médico no deriva tanto del deber de pedir un consentimiento informado, como del derecho del paciente a conocer su estado de salud. 2) Cuando una información completa puede poner en riesgo el éxito del tratamiento. En esta hipótesis, el médico tendrá que hallarse en grado de evaluar cuándo ofrecer una información genérica o atenuada, siempre que existan las razones suficientes para sostener que una información específica puede empeorar la salud del paciente.

(93) Cfr. *Cass.*, 29 de marzo de 1976, n. 1132, en *Giur. it.*, 1977, I, p. 1980; *Cass.*, 8 de agosto de 1985, n. 4394, en *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1432; *Trib. Padova*, 9 de agosto de 1985, en *Nuova Giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 115.

(94) *Cass.*, 29 de marzo de 1976, n. 1132, *cit.*

(95) Cfr. G. Visintini, *op. cit.*, p. 150 ss.

paciente una intervención riesgosa, de tal magnitud que ponga en serio peligro la vida o la incolumidad física, tiene el deber profesional de informarle, con el fin de que éste pueda prestar válida y conscientemente su consentimiento al tratamiento sanitario que se le ha propuesto”. La Corte señala además que, este deber “entra en la compleja prestación a que el médico se ha obligado por efecto del contrato de obra profesional”.

Viéndolo mejor, se puede observar de la lectura de la sentencia que el *obiter dictum* representa un elemento de juicio que han tenido en cuenta los jueces al verificar la culpa grave en que ha incurrido el médico, “porque el examen de las circunstancias concretas evidencia la omisión de verificaciones y de culpa en la ejecución del tratamiento”⁹⁵.

Entonces, la falta de observancia de la obligación de información, si bien accesorio pero de contenido autónomo, ha sido entendido en la doctrina como susceptible por sí mismo de generar responsabilidad civil en cuanto el daño haya resultado de ella⁹⁶.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en diversos casos. Así se ha expresado una máxima de la sentencia del tribunal de Padova de 1985⁹⁷:

“El fracaso de la intervención para interrumpir la gestación, acompañado de la negligencia del médico en la prescripción de los controles o en la información del resultado a la paciente, que deja por consecuencia proseguir la gestación, determina el derecho al resarcimiento del daño derivado de los mayores pesares a que tuvo que hacer frente por efecto del nacimiento ocurrido en un momento de dificultad, así como de los obstáculos a la realización económica de la pareja generados por la presencia de nuevos deberes frente al hijo”.

“No es legítimo y de consecuencia, es culpable la conducta del médico que, por el solo hecho de alejar a un paciente del hospital, que elige voluntariamente que le den de alta, no cumple a cabalidad su deber de informar y prescribir, considerando interrumpido la relación profesional; ello es aún más grave en el caso de interrupción de la gestación de una menor que, poniéndose en contacto con la estructura pública, la única autorizada a ese tipo de intervención, también debía ser informada sobre los métodos anticoncepcionales útiles para impedir en el futuro una nueva maternidad no responsable”.

Conforme se desprende de las líneas fijadas por la Jurisprudencia, este deber adquiere, a nuestro entender, un relieve particular con relación a la actividad médica. En efecto, lo que caracteriza esta área de la ciencia es trabajar sobre el cuerpo humano sea en forma directa (intervención quirúrgica) como indirectamente (prescripción de un tratamiento, dejando su ejecución sea al paciente mismo como a terceros, aconsejar un determinado medicamento). En síntesis, toda esta actividad nos conduce al tema de la “intangibilidad de la persona”, la que no se perjudicará por los actos médicos, los cuales, en cambio, se orientan a la protección de su integridad⁹⁸.

Como se desprende claramente de lo señalado anteriormente, se asiste tanto a nivel de doctrina que de jurisprudencia a una notable transformación del juicio de responsabilidad médica en el sentido de una afirmación más rigurosa de la misma.

14. Sigue. La distinción entre obligaciones de “medios” y de “resultado”. Correctivos introducidos por la jurisprudencia al enfoque tradicional:

(96) En este sentido, M. Fortino, *op. cit.*, p. 80 ss.

(97) V. Trib. Padova, 9 de agosto de 1985, *cit.*

(98) Cfr. J. Ataz López, *op. cit.*, p. 70 ss. El a. sostiene que el deber de informar del médico no deriva tanto del deber de conseguir el consentimiento pleno y consciente del paciente como del derecho de éste a conocer su propio estado de salud. Sobre la tendencia actual a exigir que la información sea siempre más completa y puntual, V. A. Princigalli, *op. cit.*, p. 212 ss. En la doctrina alemana se subraya que mientras en épocas pasadas la violación del deber de información era considerado un medio de control en el caso en que no se pudiera haber probado el error médico, actualmente, se ha convertido en el medio para hacer valer directamente el derecho al resarcimiento del daño. A nivel de la Jurisprudencia italiana, el problema sobre las implicancias de la información ha sido advertido con particular insistencia en el campo del consenso del paciente a los actos médicos. V. Princigalli, *op. cit.*, p. 208, n. 20.

(99) La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado es de origen doctrinaria. Ha sido sucesivamente acogida por la

redimensionamiento de la noción de obligación del médico. Efectos de esta perspectiva en términos de carga probatoria. Dificultad e importancia de la prueba en el juicio de responsabilidad.

En este orden de ideas, se asiste a una evolución jurisprudencial dirigida a superar en los casos concretos la antigua y generalmente malentendida clasificación de las obligaciones en aquéllas de medios y de resultado⁹⁹.

En realidad, se trata de una distinción que halla su justificación por un lado, en la determinación del objeto de la obligación, mas bien, de su contenido, y correspondientemente en la determinación del incumplimiento, y por otro lado, en la distribución de la carga de la prueba.

Según la opinión tradicional, de inspiración francesa¹⁰⁰, la obligación del profesional no podía ser encuadrada sino en la rígida categoría de las llamadas obligaciones de medios, comportando este encasillamiento el significado de que el profesional se halla obligado solamente a ejecutar una prestación diligente, en relación a la figura del "normal y cuidadoso profesional", en modo que el cliente no tendría derecho de esperar un determinado "resultado" del profesional.

En esta línea, se coloca una sentencia de la Corte Suprema de 1961¹⁰¹, en la cual se afirmó lo siguiente:

"Las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional son, de norma, obligaciones de medios y no de resultado, en cuanto el profesional, al asumir el encargo, se compromete a prestar la propia obra intelectual para alcanzar el resultado esperado, pero no a conseguirlo. Por lo tanto, el incumplimiento está constituido por la violación de los deberes inherentes al desarrollo de la actividad profesional y no a la falta de consecución del resultado. El incumplimiento consiste, entonces, en la inobservancia de la diligencia prescrita por el

art. 1176, inc. 2° C.C. It., que contiene la diligencia norma, evaluada conforme a la naturaleza de la actividad ejercida ..."

La distinción que se ha recordado, ha sido utilizada, por lo general, para justificar una distinta distribución de la carga de la prueba. En verdad, se ha destacado que corresponde al cliente proporcionar la prueba de la "culpa" del médico, entendida como defectuosa o inadecuada actividad profesional, afirmándose enseguida, que en estas obligaciones el "incumplimiento" y la "culpa" coinciden.

Según esta perspectiva tradicional, resulta que en el relativo juicio de responsabilidad, la víctima tendrá que demostrar la "negligencia, imprudencia, impericia" del médico, o sea su "culpa", que comprende también el error profesional imputable.

En esta línea, una corriente jurisprudencial bastante difundida establecía que la víctima para alcanzar el resarcimiento del daño, debía probar la culpa del médico, o sea el error en el uso de los medios que aconseja la ciencia médica para el tipo de intervención practicada¹⁰².

En otras resoluciones, si bien los jueces no exigen de parte de la víctima la prueba de la culpa del médico, deben aportar solamente aportan los datos objetivos en base a los cuales el juez pueda evaluar la conducta y establecer si hubo culpa. Sin embargo, se afirma -en los mismos pronunciamientos- que el incumplimiento del médico se identifica con la culpa. Por tanto, el paciente tendrá, en todo caso, que probar la culpa a los fines de demostrar el incumplimiento¹⁰³.

Entonces, a la luz de estas consideraciones, se comprende que las dificultades son de orden probatorio. En efecto, el paciente-víctima algunas veces no puede, por ignorancia sobre las cuestiones estrictamente técnicas, demostrar las modalidades de desarrollo de la prestación, por ej.: en la

Jurisprudencia en un primer momento, para el ámbito de la responsabilidad médica. Para profundizar el argumento, V. L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

(100) En efecto, a partir de una conocida sentencia de la Casación francesa de 1936, se afirma que la obligación del médico es una obligación de medios y que la prueba de la culpa corresponde en todo caso, al paciente -víctima; Cfr. *Cass. francesa*, 20 de mayo de 1936. *cit.*

(101) *V. Cass.*, 28 de abril de 1961, n. 961, en *Giur. it.*, 1962, I, I, c. 1248, con nota de Lega, "*Le prestazioni del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*".

(102) Por ej., *App. Torino*, 30 de enero de 1935, en *Monit. Trib.*, 1935, I, c. 815.

(103) *V. Cass.*, 29 de mayo de 1976, n. 1132, en *Giur. it.*, 1977, I, I, c. 1980; *Cass.*, 15 de junio de 1954, n. 2016, en *Giur. it.*, 1955, I, c. 275; *App. Firenze*, 29 de agosto de 1964, en *Foro it.*, 1964, I, c. 1484. En este último caso se excluyó la responsabilidad del médico con cuya intervención quirúrgica había perforado el útero de la paciente, verificándose de consecueneta un rasgamiento completo. El a. no había probado que había habido error en el uso de los medios aconsejados por la ciencia médica para realizar dicha intervención.

(104) Cfr. G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, *cit.*, p. 72 ss.

intervención de más de un especialista, las intervenciones quirúrgicas en equipo que, además, se explica con el paciente en estado de inconciencia. Por ende, surgen dos conclusiones. En primer lugar, asumen una importancia decisiva los resultados de la pericia técnica dispuesta por el juez; en segundo lugar, retomando una observación que data de hace más de diez años, “el profesional se halla protegido contra los ataques injustos por el hecho que no responde por el fracaso, sino sólo cuando se haya probado su culpa ... y se halla protegido por la misma dificultad de probar la culpa y el nexo de causalidad entre la culpa y el evento dañoso: también, la sola incertidumbre sobre uno de estos hechos juega a su favor ...”¹⁰⁴.

Pero frente a las posiciones tradicionales no se ha hecho esperar la crítica de parte de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁰⁵.

En especial, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones, tergiversando en parte la perspectiva controvertida, tratando de ofrecer correctivos.

En numerosas sentencias se ha puesto de relieve la importancia del bien “salud”, y a este propósito basta recordar la sentencia de 1979¹⁰⁶.

En esta última decisión la Corte Suprema, en línea general, expresa una noción amplia de “diligencia profesional”, afirmando que “constituye un bagaje indispensable del buen médico el conocimiento de todos los remedios que no sean desconocidos en la ciencia y en la práctica.

Por otro lado, siempre en esta dirección, destaca una sentencia de 1978 del Colegio Supremo¹⁰⁷, que introduce una serie importante de criterios correctivos frente a los tradicionales, atinentes al tema de la naturaleza de la obligación profesional y al de la distribución de la carga de la prueba.

La sentencia, operando una distinción entre intervenciones quirúrgicas, va más allá del caso *sub-specie* y está destinada a colocarse como

“precedente” o como “*leading case*” -como sería según el lenguaje de los juristas de *common law*- con respecto a todas las hipótesis que se encuadren en la categoría de las “intervenciones de fácil ejecución”.

Se trataba de un caso en el cual, el paciente afectado de una deformación de la planta del pie izquierdo, se somete a una intervención quirúrgica. Éste regresa al hospital para quitar completamente el yeso, pero resulta que la deformación se había agravado notablemente y el pie se presentaba encurvado hacia el alto. Demandado el resarcimiento del daño, los jueces de mérito rechazaron la demanda porque había faltado la prueba rigurosa del error técnico en que incurriera el médico. La Corte Suprema acoge el recurso y atribuye un valor decisivo al procedimiento presuntivo.

Así se lee en la *massima* lo siguiente¹⁰⁸:

“Si la intervención operatoria aplicada por el cirujano es de fácil ejecución, la prueba de parte del cliente de un resultado de empeoramiento, en el sentido que sus condiciones de salud resultaron deterioradas después de la intervención respecto a las preexistentes, es suficiente para fundar la presunción de una inadecuada y negligente ejecución de la prestación profesional, y toca al cirujano proporcionar la prueba contraria de que el empeoramiento fue ocasionado por la sobreviniencia de un evento imprevisible o por las particulares condiciones físicas del paciente”.

A este respecto, resulta interesante subrayar los pasajes más relevantes de la sentencia en comentario:

“La obligación que el profesional asume hacia el cliente, por efecto de la aceptación del encargo que se le ha conferido (conclusión del contrato de obra profesional), tiene como contenido (prestación)

(105) Una parte de la doctrina se manifiesta contraria a la validez científica de dicha distinción. V. M. Giorgianni, *Teoria generale delle obbligazioni*, en *Noviss. Digesto it.*, XI, Torino, 1965, p. 581; C. M. Bianca, *Inadempimento delle obbligazioni*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por A. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 31 ss. A nivel jurisprudencial, una decisión de la *Cassazione* ha señalado que, cuando se precisa que la obligación del profesional es de medios, se cambia el objeto de la prestación con el resultado útil esperado por el comitente que permanece fuera del área contractual: V. *Cass.*, 13 de Dic. de 1980, n. 6474, en *Vita not.*, 1981, p. 226.

(106) Cfr. *Cass.*, 8 de marzo de 1979, n. 1441, *cit.*

(107) V. *Cass.*, 21 de Dic. de 1978, n. 6141, en *Foro it.*, 1979, I, c. 4 y en *Giur. it.*, 1979, I, I, c. 1954.

(108) *Cass.*, 21 de Dic. de 1978, n. 6141, *cit.*

(109) Los principios que se refieren al ámbito y a los límites de la carga de la prueba en tema de responsabilidad profesional han sido

el desarrollo de la actividad profesional necesaria o útil, en relación al caso concreto y en vista del resultado que, a través del medio técnico-profesional, el cliente espera conseguir (la llamada obligación de medios o de comportamiento y no de resultado). El profesional, entonces, tiene el deber de desarrollar la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto, y tiene el deber de desarrollarla con la diligencia necesaria y adecuada ...”

“La responsabilidad del profesional es en cambio, atenuada cuando la actividad profesional a desarrollarse en relación al caso concreto implique “la solución de problemas técnicos de especial dificultad”, según la expresión usada en el art. 2236 C.C. It., es decir, cuando el empeño intelectual requerido por el caso concreto sea superior al del profesional medio, cuando el profesional deba tener una preparación que va más allá de la preparación media y se deba comprometer a realizar una actividad técnico-profesional de nivel superior. En ese caso, conforme al citado art. 2236, el profesional responde ante su cliente, por los daños que le ha generado, solamente en la hipótesis en que en el desarrollo de su actividad incurra en dolo o culpa grave, con exclusión, por tanto, de la culpa leve”.

“La actividad profesional del médico frente a un concreto caso patológico se divide en dos fases: Una preliminar, de diagnóstico, que se basa en la relevancia de datos sintomatológicos; la ótra, de consecuencia, terapéutica o de intervención quirúrgica, determinada por la primera. En ambas fases, el médico debe orientarse a dirigir su actividad aplicando las reglas que, de acuerdo a la opinión común y autorizada de la ciencia y a la experimentación consolidada, se pueden considerar adquiridas por la ciencia y la práctica, de tal modo que se constituya el bagaje cultural y experimental necesarios, del profesional que se dedique a un sector particular de la medicina”.

“Estos principios de derecho que se refieren a la naturaleza de la obligación asumida por el profesional y a los límites de la responsabilidad por cumplimiento inexacto, han sido tenidos presentes en la jurisprudencia de esta Corte Suprema, en la atribución y en la determinación del ámbito de la

carga de la prueba: ...”¹⁰⁹

“Se ha visto que la carga probatoria del cliente corresponde, a través de la demostración de suficientes e idóneos datos objetivos, al caso concreto y al modo en que se ha efectuado la prestación del profesional. Y justamente, estos dos momentos de la prueba deben tenerse por separado.

Sobretudo, la prueba que se deba dar, concierne al caso concreto: con especial referencia al sector quirúrgico, se refiere el caso concreto patológico, respecto al cual, el cirujano se ha obligado a ejecutar la prestación profesional, y el tipo de intervención operatoria elegida y aplicada por el cirujano al caso concreto, seguido por las necesarias consecuencias post-operatorias. En este primer momento, la prueba que tiene que aportar el cliente debe ser plena y absoluta: el concreto caso patológico y el tipo de intervención operatoria elegido y aplicado por el cirujano deben ser demostradas con precisión.

En cambio, es relativa la prueba en su segundo momento, referida al modo en que se han ejecutado la intervención quirúrgica y las consecuencias necesarias de la prestación post-operatoria respectiva, en el sentido que el objeto de la prueba puede y debe ser más o menos amplio, según la naturaleza de la intervención operatoria, acompañada de las sucesivas prestaciones post-operatorias, que ha elegido y aplicado el cirujano para la cura del concreto caso patológico”.

“En efecto, justo por la dificultad de la intervención operatoria (así como, eventualmente, de las prestaciones post-operatorias), el juez debe analizar la intervención ejecutada en sus momentos concretos, con el fin de determinar si en uno o en alguno de ellos, el médico ha incurrido en error y si ello ha ocurrido por culpa y de qué grado: y es por ello necesario que todos estos momentos particulares se demuestren, mediante la adquisición en causa de datos objetivos, idóneos y suficientes, como medio de la prueba que proporciona el cliente.

Pero un rigor probatorio de ese género no es necesario, y por ello, no puede ser requerido, cuando la intervención operatoria, aplicada por el cirujano al caso concreto patológico, no sea de tan difícil

enunciados detalladamente por la sentencia *Cass.*, 18 de junio de 1975, n. 2439, *cit.*
(110) *Cfr. Cass.*, 21 de dic. de 1978, n. 6141, en *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 953.

ejecución, y el resultado sea peor, en el sentido que las condiciones finales del cliente sean deterioradas respecto a las preexistentes”.

“Cuando el cliente haya probado en juicio que la intervención operatoria aplicada por el cirujano al caso patológico sea de fácil ejecución, y que tales eran (donde esta prueba ulterior sea necesaria) las prestaciones post-operatorias sucesivas, y haya además probado que la intervención de fácil ejecución (como a las sucesivas prestaciones post-operatorias) ha tenido como resultado el empeoramiento de las condiciones de salud con respecto a las preexistentes, no puede dejarse de presumir la inadecuada o no diligente ejecución de la prestación profesional: presunción ésta, que se basa justamente en la regla de la común experiencia en el sector quirúrgico, a que se ha referido líneas arriba y sobre el aberrante resultado conseguido...”⁽¹¹⁰⁾.

Se afirma en la *massima* que se ha recordado que, si el caso es de fácil ejecución, entonces, el resultado de empeoramiento sirve para trasladar la carga probatoria sobre el profesional, en ese caso, se dice que es razonable que el paciente espere un resultado de parte del profesional. En efecto, al prever una presunción de culpa, los jueces parecen transformar la obligación del profesional de obligaciones de medios a obligaciones de resultado.

Como se observa, la sentencia afronta un problema de difícil solución, esto es, el relativo a la prueba. En efecto, la determinación de la prueba del médico o mejor, la prueba del incumplimiento y la del nexo de causalidad, constituyen aspectos determinantes en el juicio sobre la responsabilidad médica.

Cabe destacar que, en este juicio, la prueba representa un caso concreto de como un instituto jurídico de naturaleza procesal puede ir más allá del ámbito del derecho sustancial.

En efecto, la prueba constituye un momento esencial en la tutela de los derechos, dado que, si en el juicio en cuestión, no se llega a probar lo que se pretende, o sea el resarcimiento del daño, entonces no se reconoce el derecho. Ciertamente, en un proceso judicial, no hay otra alternativa que la “probar o sucumbir”⁽¹¹¹⁾.

Pero no es precisamente el recurso al procedimiento presuntivo lo que coloca la sentencia en referencia en la vía de un *‘leading case’*⁽¹¹²⁾, sino las consideraciones que se refieren a la naturaleza de la obligación del médico.

En efecto, de la lectura de la motivación de la misma sentencia se puede desprender la *ratio decidendi*. Se reconoce al cliente una expectativa razonable en relación al resultado de ciertas prestaciones profesionales, precisamente de aquellas de normal o fácil ejecución, en tanto que en las prestaciones difíciles, el cliente no puede razonablemente esperar el resultado, por tanto, en esta hipótesis, la responsabilidad se evalúa según el criterio normal de la culpa.

En este cuadro, se observa que la seguridad en conseguir el resultado se convierte en un importante elemento de juicio, con el fin de influenciar la carga de la prueba a cargo del actor, redimensionándolo cada vez que se verifique un evento lesivo.

De la afirmación hecha por los jueces⁽¹¹³⁾ en el sentido que “no es necesaria la prueba rigurosa de la culpa cuando se trata de prestaciones que no requieren una particular habilidad y cuando el riesgo del resultado negativo es mínimo”, se puede decir que el médico, en esos casos, **garantiza el “resultado”** en vista del cual, el paciente se ha confiado a sus cuidados.

Se trata en realidad, de una afirmación que representa un verdadero cambio de perspectiva de la jurisprudencia frente a la evaluación de la

(111) Cfr. A. Alterini, “La presunción legal de culpa como regla de favor victima”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, p. 195. En general, sobre la importancia del tema de la carga de la prueba, Cfr. L. Rosemberg, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, II, p. 228.

(112) El recurso a las presunciones en tema de la carga probatoria, ha sido contemplado por la jurisprudencia precedente. En este sentido, V. Cass., 15 de Dic. de 1972, n. 3636, en *Foro it.*, 1973, I, c. 1474; *App. Torino*, 24 de marzo de 1954, en *Giust. civ.*, 1954, p. 1997; *App. Brescia*, 4 de Dic. de 1951, en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 42. Con respecto a los criterios rígidos sobre la carga de la prueba, se ha asistido a una evolución en los diversos sistemas jurídicos orientada a individualizar otros criterios más realistas, a los fines de facilitar la posición procesal del actor. Así es conocida la regla del *‘res ipsa loquitur’* en los países de *common law*, o la técnica de la *‘faute virtuelle’* en Francia, o la de *‘Anscheinsbeweis’* o prueba *‘Prima facie’* en Alemania. Cfr. D. W. Lousell y H. Williams, *Medical Malpractice*, New York, 1987, p. 1420; J. Penneau, *Medical responsibility in France*, en *Medical responsibility in Western Europe*, Berlin, Heidelberg, 1985, p. 184; J. Peyrano, *Procedimiento civil y comercial*, I, Buenos Aires, 1991, p. 77.

(113) V. Cass., 21 de dic. de 1978, n. 6141, *cit.*

(114) Cfr. *App. Cagliari*, 10 de abril de 1989, en *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 644; *App., Cagliari*, 21 de Feb. de 1990, *ivi*, 1992, p. 651.

responsabilidad médica.

Ciertamente, de la sentencia en comentario, se desprende que conforme a las nuevas orientaciones jurisprudenciales, las obligaciones del profesional no pueden concebirse en una sola y rígida categoría de obligaciones de medios, porque dada la variabilidad de las prestaciones profesionales, según el caso concreto, resulta que en determinadas situaciones es posible esperar razonablemente de parte del profesional un **“particular resultado”**.

Y en esta línea, osea de cambio de perspectiva, se colocan también las orientaciones que ponen en evidencia una interpretación en sentido restrictivo del art. 2236 C.C. así como aquéllas que hallan los llamados deberes accesorios en la relación médico-paciente.

De otra parte, con respecto a los sectores altamente especializados, se observa también que la tendencia jurisprudencial es poner de relieve que el éxito de la intervención se halla en estrecha correlación con la observancia de las reglas técnicas adquiridas en el sector específico de la ciencia médica. A diferencia de las hipótesis precedentes, osea, aquélla en que la prestación es de fácil ejecución, aquí lo que releva a los fines de la

responsabilidad del médico es la **falta del resultado técnicamente previsible**, en el estado actual de la ciencia, resultado que el médico debía haber estado en grado de garantizar. Por tanto, no basta un simple resultado empeorativo en estos casos¹¹⁴. Se acoge en esta sentencia -que ha fijado una etapa fundamental en las grandes orientaciones jurisprudenciales- una noción de “resultado” un tanto diversa de aquélla que tradicionalmente ha caracterizado a las clásicas “obligaciones de resultado”. En efecto, aquí no hay aquella finalidad subjetiva que se espera del acreedor, sino aquello a lo que se aspira esperar como consecuencia lógica de la moderación de las llamadas reglas del arte adquiridas por la ciencia. Por lo tanto, el paciente puede, en términos de previsibilidad, conocer las probabilidades de éxito de la intervención a través de una adecuada información¹¹⁵.

15. El presupuesto de la “especial dificultad técnica” (art. 2236 C.C. It.) como limitación del parámetro de la diligencia del “buen profesional” (art. 1176, inc. 2°, C.C. It.).

Siguiendo el esquema delineado en el párrafo anterior, toca avocarnos a la preocupación por

(115) La tendencia jurisprudencial que ha sido individualizada halla en cierto modo su origen en la Directiva del Consejo de la C.E.E. de 9 de noviembre de 1990 sobre la “responsabilidad del prestador de servicios” (G.U.C.E. del 18 de enero de 1991, N. C. 12/8), donde se prevé que es al prestador de servicios que incumbe “la carga de probar la ausencia de culpa” (art. 1, inc. 2°); por tanto, “la víctima debe probar la existencia del daño y el nexo de causalidad entre la prestación del servicio y el daño mismo” (art. 15). En los considerandos de la propuesta se indica que la *ratio* de la previsión se basa en la adecuación del “principio de inversión de la carga de la prueba del prestador del servicio defectuoso ... teniéndose en cuenta el nivel de tutela que se reconoce en las legislaciones nacionales de los Estados miembros”; y por ende, en la exigencia de que ese principio, que “ya existe en diversas legislaciones y jurisprudencias nacionales”, se formalice y aplique en modo homogéneo”. En la doctrina se advierte cierto reconocimiento a esta tendencia, indudablemente, no sólo jurisprudencial en nuestros días. V. M. Zanna, *responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 59 ss. En efecto, el a., a través de las perspectivas de *lure condito* trata de reconstruir el sistema de la responsabilidad médica, partiendo de un reconocimiento del tema, en el sentido que en el estado en que se encuentra la ciencia médica, no se puede justificar la convicción de que el éxito de la “curación” quede, como regla, fuera de las posibilidades de control del operador. la experiencia (sobre todo la reciente) parece, en efecto, demostrar la tendencia es hacia la disminución de la incidencia negativa de factores (reacciones del organismo, *défaillance* de los aparatos, efectos de los medicamentos, etc.), en todo caso, imprevisibles y/o (en cualquier medida) controlables; tanto es así que ello induce a “juzgar los actos médicos por los resultados que se obtienen y no por los métodos empleados”: lo que es un efecto seguro de las “mayores posibilidades de éxito de las técnicas médicas”. En este sentido, el a. critica el actual criterio de evaluación de la culpa profesional, precisamente, por su inflexibilidad, mientras que la posibilidad de un sistema elástico postula, al contrario, se tenga en cuenta “un criterio que no se define por partes, con referencia a reglas diversas (en el caso, de carácter técnico, en lo referente a la pericia, de comun experiencia, en cuanto a la imprudencia), pero con un significado unívocamente individualizable en relación a algunos parámetros, como el grado de complejidad de la intervención, el riesgo de los daños para el paciente, etc. Igualmente, afirma el a. que es oportuno proceder a una valoración más elástica de las elecciones adoptadas por el operador en cada fase de la actividad desarrollada, siguiendo una lógica de tipo probabilístico que, como ya se ha observado, actualmente es más coherente con el lenguaje de la medicina.

(116) En este sentido, V. G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 79 ss.

indagar la justificación de una norma como el art. 2236 C.C. It., entendido no como simple aplicación de aquella más general del art. 1176 C.C. It.¹¹⁶ sino como una suerte de límite a cuanto se halla contemplado en esta última, en la medida en que contempla un criterio estándar de culpa¹¹⁷. No se trata en realidad, de un límite a la responsabilidad civil del profesional, como ya se ha visto, sino que se trata de una interpretación que considera la expresión “culpa grave” en el sentido impropio indicado por Cattaneo¹¹⁸ y acogido por un sector extenso de la doctrina que se ha fundado sobretudo sobre diversas decisiones jurisprudenciales, las cuales, como ya se ha destacado, tienden a mantener una actitud más rigurosa en el examen de la culpa médica¹¹⁹. Esta posición, en efecto, refleja los desarrollos de la moderna medicina y las exigencias de una tutela más acentuada de la persona, y así, del paciente. Mas bien, se trata de un límite al modelo abstracto que se desprende del art. 1176 C.C. It.

En efecto, esta norma se dedica a la “diligencia en el cumplimiento”, en el sentido que “al cumplir la obligación, el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia”. La norma establece un modelo abstracto de evaluación de la conducta del deudor, o sea indica cuál es la diligencia a la actividad instrumental que se exige al deudor en el cumplimiento de la obligación. Pero a nosotros interesa en modo especial, el inc. 2º del artículo en examen, en cuanto prevé que “en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe ser evaluada con respecto a la naturaleza de la actividad ejercida”. La referencia a la actividad ejercida no hace otra cosa que adecuar el modelo del “buen padre de familia” al del “buen profesional” y, de acuerdo a ello, la doctrina ha afirmado que la referencia a la “naturaleza de la actividad ejercida” no implica una evaluación de naturaleza objetiva, es decir, del tipo de relación jurídica o de prestación debida, sino que se refiere mas bien, al “estado del arte” que caracteriza la naturaleza de la actividad desarrollada por el deudor¹²⁰.

En síntesis, el profesional tendrá que ejecutar la prestación con la pericia requerida por el estado de la ciencia en relación a las circunstancias - siempre objetivas- del caso concreto, aunque ello se revele imposible. Entonces, es a este punto que la norma del art. 2236 encuentra su valor funcional a los fines de una interpretación sistemática y hasta axiológica, no obstante, su infeliz formulación. Ha sido un trabajo arduo el de la jurisprudencia y el de la doctrina el haber tratado de interpretar la precisión que hace la norma del art. 2236 a la “culpa grave” y a una noción de “culpa circunstanciada”, como se ha aclarado *ut supra*¹²¹.

En sustancia, la “culpa grave” prescrita aparentemente como límite a la responsabilidad profesional en el art. 2236, no constituye, en realidad, una semejante limitación de las obligaciones del profesional, como ya se ha explicado detenidamente en precedencia. Ella adquiere un significado propio en un sistema como el establecido por el Código Civil Italiano, en el cual, como regla general aplicable a la materia *sub-especie*, se prevé una norma como el art. 1176, inc. 2º, de acuerdo al cual, se exige al profesional obrar de acuerdo a un comportamiento que corresponda a la naturaleza propia de la actividad que desarrolla. De consecuencia, siguiendo la previsión normativa del art. 1176, inc. 2º, si la prestación presenta tales dificultades que hagan necesaria una pericia superior a aquella media que un médico cuidadoso y diligente puede normalmente adoptar, entonces, éste tendrá que hacer todo aquello que se ajuste a dicha pericia. Así, si se exigiera al profesional aquello que le es imposible hacer, su responsabilidad estaría en realidad determinada por el resultado que espera el paciente que no corresponde con aquello que es debido por el médico. En síntesis, el deber que incumbe al médico no puede extenderse más allá del cumplimiento de todos los actos necesarios para el cumplimiento de la prestación, según los conocimientos actuales de la medicina.

Entonces, el art. 2236, a través de la expresión “culpa grave” dicta un límite al art. 1176, inc. 2º, en el sentido de exigir que en la evaluación

(117) V. G. Visintini, *I fatti illeciti II, cit.*, p. 129. La a. recupera en cierta forma la función desarrollada por el art. 2236 C.C.

(118) Cfr. G. Cattaneo, *op. cit.*, p. 79.

(119) V. *supra*, párr. 3.

(120) V. A. Di Majo, *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, p. 49.

(121) V. *supra* párr. 3.

del comportamiento del profesional, cuando la prestación presenta **problemas técnicos de especial dificultad**, se debe tener en cuenta las **circunstancias concretas**, de naturaleza objetiva (en cambio, no se deben considerar las características personales internas o psicológicas del sujeto de cuyo comportamiento se trata) con el fin de establecer los límites de la pericia debida por el médico.

No obstante ello, la jurisprudencia va más allá de la norma fijada por el art. 2236 en el sentido de

ser todavía más rigurosa en la evaluación de la culpa grave, sin fijar un límite a la responsabilidad del profesional y exigiendo la consideración de una **“culpa circunstanciada”**.

En efecto, como se desprende de los párrafos anteriores, en muchos casos, la jurisprudencia ha ido más allá de los límites de la negligencia -en sentido estricto- y de la imprudencia, a los fines de no incurrir en una falta de valoración de la culpa grave por impericia. **D&S**