

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES

FELIPE OSTERLING PARODI*

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MARIO CASTILLO FREYRE**

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sumario: 1. El supuesto requisito de haber seguido estudios superiores 2. El supuesto requisito de la colegiatura 3. El supuesto requisito de la habitualidad 4. El supuesto requisito de la onerosidad de los servicios 5. El supuesto requisito de la reglamentación 6. El supuesto requisito de la habilitación 7. El supuesto requisito de la autonomía técnica 8. El supuesto requisito de la sumisión a normas éticas 9. El supuesto requisito de estar sometido a potestades disciplinarias 10. La profesión como supuesto agravante de la responsabilidad civil 10.1. El profesional tiene un nivel de instrucción superior 10.2. El profesional tiene deberes especiales para con la sociedad 11. A modo de conclusión.

Uno de los temas que resulta necesario abordar, con antelación a cualquier análisis, es la razón por la cual la doctrina centra su atención de manera tan reiterada en la responsabilidad civil que se deriva de las actividades de las personas que desempeñan una determinada profesión, rubro donde la responsabilidad de los médicos ocupa, sin lugar a dudas, un lugar preponderante.

Estimamos que antes de emitir alguna opinión sobre el particular, es indispensable definir qué se entiende por profesional.

Como advierte un sector de la doctrina argentina¹, el concepto de "profesión" es equívoco, es decir que se presta a más de un significado.

Alterini y López Cabana anotan que sobre el tema también entra en juego el concepto de profesión liberal. Recuerdan que en Roma las *operae libres*, predominantemente intelectuales, estaban reservadas a los ciudadanos libres; y las labores, esencialmente manuales, correspondían al esclavo. Pero con el paso de los años se ha encontrado semejanza entre profesión liberal y profesión intelectual, aunque — citando al profesor español Yzquierdo Tolsada— dicen que no toda profesión intelectual es profesión liberal, ni toda actividad que se desempeña de modo libre y autónomo es propiamente intelectual.

Los citados profesores también señalan que, correlativamente, se ha discriminado entre oficio y profesión en el origen mismo de la

teoría de las obligaciones de medios y de resultados, planteada por Demogue en 1925, aunque en la primera categoría se incluye al profesional de la arquitectura —en distinción, por demás inútil y confusa, que nos hemos encargado de criticar a profundidad en tiempo oportuno—.

Asimismo, Risolía, en aras de separar la responsabilidad profesional de la no profesional, señalaba que la profesión implica un "sacerdocio que pone en juego la capacidad y la honorabilidad personal en cada acto de ejercicio".

Se discutió, inclusive, como sostuvo Savatier, que exista relación social entre los profesionales liberales y sus clientes; en tanto que Mosset Iturraspe considera que ahora corresponde calificar como sociales a las profesiones que antes se denominaron liberales.

El tema de la responsabilidad de los profesionales, por otra parte, asienta su estructura en la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tal como lo acredita largamente, en América Latina, el desarrollo del Derecho argentino².

² Ello puede ser constatado en el trabajo titulado "Responsabilidad Profesional: El Experto frente al Profano", de los profesores ALTERINI, Atilio Anibal y Roberto M. LÓPEZ CABANA, elaborado sobre la base de la ponencia presentada a las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas entre el 24 y el 26 de agosto de 1989; y publicada en la obra de los mismos profesores titulada Derecho de Daños y otros Estudios, pp. 303-312.

La efervescencia del tema en Argentina puede ser apreciada de la relación de congresos de Derecho en los que se abordó la materia, consignada por los citados profesores en el mencionado trabajo, cuando señalan lo siguiente: "Ello ha motorizado a nuestra doctrina. En el último año la determinación del concepto fue abordada por cuatro encuentros jurídicos: el '2do. Encuentro de Abogados Civilistas', llevado a cabo en Santa Fe (Provincia de Santa Fe), del 30 de junio al 2 de julio de 1988; las '1ras. Jornadas de Estudiantes y Jóvenes Abogados sobre temas de Derecho Civil', que tuvieron lugar en la Universidad Nacional de Rosario (Provincia de Santa Fe) los días 6 y 7 de octubre de 1988; las '1ras. Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho', organizadas por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires) entre el 24 y 26 de noviembre de 1988; y las '5tas. Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil' desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989. A principios de la década el cometido había sido asumido por las 1ras. Jornadas Provinciales de Derecho civil, realizadas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires) del 6 al 8 de agosto de 1981 (Jornadas que adoptaron una concepción restringida, más bien aplicable a la calidad de profesional liberal, apoyada

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho y abogado en ejercicio, socio del estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

¹ Véase ALTERINI, Atilio Anibal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. "Responsabilidad por el ejercicio profesional". Ponencia presentada al Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en Santa Fe entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1988. Publicada en la obra de los mismos autores titulada Derecho de Daños y otros Estudios, pp. 251-257.

A decir de Alterini y López Cabana, se ha afirmado que el carácter a menudo fluctuante e incierto del concepto de profesional, como

en tres soportes: La importancia o trascendencia de la actividad; su dependencia de una habilitación conforme a la ley; y que está o debería estar reglamentada).

El Encuentro de Santa Fe, al caracterizar con latitud al profesional, tomó en cuenta ciertas características que resultan del análisis del sistema jurídico (declaró que, en sentido amplio, supone la concurrencia de algunas de estas notas distintivas en su desempeño: habitualidad, reglamentación, habilitación, presunción de onerosidad, autonomía técnica y, en su caso, sujeción a la colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias); esas notas, cabe señalar, fueron propuestas a dicho Encuentro en nuestra ponencia. Con posterioridad, el criterio que allí propiciamos resultó también admitido en las Jornadas de Rosario [...]; en las de Lomas de Zamora [...]; y en las de San Isidro [...].

Son, pues, consideradas notas distintivas de la actividad profesional: la habitualidad, la reglamentabilidad, el requisito de habilitación, y la presunción de onerosidad. En las Jornadas de San Isidro se adicionó, como componente de la noción de profesionalidad en sentido lato, 'la condición de experto en una determinada área del saber humano con fundamentos científicos, técnicos y/o prácticos'.

De tal manera, la noción de actividad profesional no queda confinada a la que realiza quien posee un título universitario, y así abarca a la de los no diplomados. No obstante, ciertas tareas, coincidentes en general con las propias del denominado clásicamente profesional liberal, presentan otras características específicas que se agregan a la nómina anterior: autonomía técnica, sujeción a colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias".

Ese mismo interés por la responsabilidad profesional, derivada de la contratación de servicios de este tipo, es puesta de manifiesto por el profesor argentino Carlos Alberto Gherzi (GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*, tomo II, pp. 255 y ss.), cuando en la introducción al tema expresa las siguientes consideraciones:

"La esencia del derecho es consecuencia de la premisa de superación de conflictos individuales, para la afirmación de lo social y evitar así el desorden, logrando la ansiada convivencia en paz.

De esta forma, el derecho es una herramienta de control de las relaciones humanas, que necesita munirse de valores trascendentes a lo individual. Las profesiones, como motores inagotables de evolución y desarrollo, también necesitan de un marco donde su actividad encuentre 'utilidad social'.

La contratación de servicios profesionales nace en una determinada sociedad como respuesta a sus necesidades vitales.

Nuestros constitucionalistas nos señalaron en el preámbulo constitucional los 'objetivos básicos', entre los cuales rescatamos tres, que nos parecen supremos y vigentes: 'afianzar la justicia', 'asegurar el beneficio de la libertad' y 'promover el bienestar general'.

Los profesionales, culturalmente mejor dotados —gracias a que nuestra sociedad se lo permitió—, deben ser los defensores de estas premisas de vida, y con su trabajo cotidiano, generar los frutos en búsqueda de una sociedad mejor, donde la defensa de valores trascendentes, no sea más que una mera excusa, para generar prebendas y privilegios, sino el verdadero sentido de la función social de sus actividades.

Dentro de esta misma óptica, deberán enmarcarse los colegios de profesionales que —en su mayoría— no son más que el reflejo de la 'Argentina corporatizada', defensores de intereses sectoriales a ultranza, sin visión para guiar a los colegiados en su contribución al bien común. Allí es donde también debemos cambiar; la defensa de intereses profesionales no puede propender a la irresponsabilidad como excusa de detenerse la evolución científico-cultural.

No podemos ser tan necios de pensar que, si sostenemos la responsabilidad profesional, condenamos el futuro.

Los colegios tienen funciones importantísimas que asumir —ya que muchos de ellos no lo han hecho aún, a pesar de los años y las experiencias transcurridas—, entre otras la de afianzar la 'capacitación profesional', que debe ser constante, progresiva, en función de las especialidades y el avance tecnológico (incluso con injerencia directa en las universidades). Otras de las metas y responsabilidades de los colegios, es la 'asistencia profesional a carentes recursos', ejerciendo así una verdadera función social de prevención.

dice Geneviève Viney, determina que "no puede ser fijada de manera definitiva más que por intervención del legislador". Pero, en criterio que no compartimos, los citados profesores argentinos expresan que la realidad impone con la premura de sus urgencias, encontrar soluciones.

La Real Academia Española³, con respecto a la palabra "profesional", en su segundo significado, señala lo siguiente: "dícese de la persona que ejerce una profesión"; en tanto su tercer significado es "dícese de quien practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive"; mientras que en su quinto y último significado se trata de la "persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación".

Pero, como es obvio, resulta necesario señalar el significado de la palabra "profesión", en la acepción materia de estudio. Así, en el tercer significado que a la misma otorga la Real Academia Española, se entiende por profesión el "empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución".

Por su parte, Guillermo Cabanellas⁴ expresa que, como sustantivo, "profesional" es quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos. En su segundo significado indica a la prostituta; en tanto que por antonomasia laboral, es el que ejerce una profesión liberal (aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales, como las del cirujano, y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos).

Anota Cabanellas que en ese último aspecto, la transformación del profesional en profesional empleado se juzga como proceso de proletarianización, por conducir a que los trabajadores intelectuales ingresen en la esfera productora con carácter análogo al de los trabajadores típicos. Pero Cabanellas también expresa que se arguye que la evolución es la contraria, por haberse jerarquizado el trabajo, donde ahora militan obreros e intelectuales, y cuenta entre ambos a los técnicos calificados.

Agrega el profesor citado que los cambios experimentados por la industria y el comercio, nuevas necesidades que atender y los cuadros de la organización fabril exigen, como imperativo, la presencia permanente de otra clase de trabajadores, que antes actuaban como simples consultores y ahora son incorporados a la organización interna de la empresa; de forma tal que el Médico, el Abogado, el Contador, el Economista, el Ingeniero, el Químico, entre otros, pasan a desempeñarse en las grandes empresas como elementos necesarios para la producción; razón por la cual sus servicios profesionales requieren basarse en una relación permanente de trabajo y no en el simple asesoramiento realizado por un profesional libre.

Por último, es función vital de estas instituciones bregar por la actuación 'ética' de los profesionales, abarcando desde el servicio prestado hasta la remuneración justa y acorde".

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II. Madrid: Espasa Calpe S.A., 1984, p. 1108.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1982, p. 448.

En torno al significado de la palabra “profesión”, Cabanellas⁵ señala que es el ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte; en tanto que también es la ocupación principal de una persona.

Según Cabanellas, para la doctrina, el proceso de la profesión en el cuadro de las relaciones de trabajo resulta de gran interés, principalmente teniendo en cuenta la extraordinaria influencia ejercida en algunos países europeos.

Manifiesta que la profesión, que en definición de Durand y Joaussaoud es la comunidad resultante del ejercicio habitual de un trabajo, ha constituido en el antiguo Derecho el marco esencial de la organización corporativa. Recuerda que los citados autores presentan los caracteres de aquella en el sentido que la profesión constituye una comunidad económica (todas las empresas pertenecientes a una misma profesión forman parte de un mismo medio); además de que la profesión configura una comunidad técnica, desde el punto de vista patronal, en razón de los procedimientos de fabricación empleados, pero también desde el punto de vista de los trabajadores, por exigir cada profesión conocimientos propios; y agregan, finalmente, que la profesión se caracteriza por particularidades sociales, como es el caso de los mineros, los metalúrgicos o los obreros campesinos; siendo así que cada uno de esos grupos profesionales posee sus tradiciones, su psicología y sus aspiraciones.

No deja de extrañar que la Enciclopedia Jurídica Omeba omita hacer referencia tanto del término “profesión” como de “profesional”, siendo una obra de importancia y amplia cobertura.

De lo expuesto podemos rescatar que los significados relativos a ambas palabras pueden ser entendidos tanto en términos amplios como restringidos.

Así, si quisiéramos tomar una acepción restrictiva del profesional, éste sólo sería quien hubiese seguido estudios de nivel universitario o similares, vale decir quien hubiera estudiado una profesión (en el sentido más común que se le otorga a la palabra).

Sin embargo, como ha podido ser apreciado, el profesional también es la persona que tiene y ejerce con derecho a retribución un empleo, facultad u oficio, que según el Diccionario de la Real Academia debe ejercer o practicar habitualmente.

1. El supuesto requisito de haber seguido estudios superiores

Sobre los alcances que para nosotros debe tener un profesional, se tiene que decir que en primer lugar resultaría muy injusto circunscribir ese concepto a aquella persona que tenga estudios que puedan ser calificados como de nivel superior o universitarios.

Decimos esto, porque si bien es cierto que tradicionalmente el profesional ha sido asociado con las personas que han optado un título universitario en alguna especialidad tradicional, en los últimos tiempos el desarrollo social y tecnológico ha hecho que prolifere un gran número de especialidades que antes no existía. De esta forma, si habitualmente se asociaba al profesional con el Médico, con el Abogado, con el Ingeniero Civil o con alguna otra profesión liberal, hoy también se le vincula directamente a un número incalculable de especialidades, como

son los Ingenieros de Sistemas, Ingenieros Industriales, Ingenieros Electrónicos, Geógrafos, Biólogos, Químicos, pasando por profesiones muy conocidas y antiguas como Arquitectos, Contadores, Economistas, y otras como Administradores de Empresas, Comunicadores Sociales, Periodistas, Historiadores, Profesores, Bibliotecólogos, Profesionales en Turismo, Profesionales en Hotelería, Diseñadores Gráficos, Diseñadores Industriales, Diseñadores Publicitarios, Publicistas, Especialistas en *Marketing*, y una gama muy grande de carreras que ofrecen las Universidades del Perú (por no mencionar aquellos estudios que no se imparten en nuestro país).

Pero el lector habrá podido apreciar que las profesiones o especialidades a que hemos hecho referencia podrían ser calificadas como “profesiones liberales”, más allá de ser clásicas, antiguas o modernas.

Sin embargo, no cabe duda de que existen otras especialidades que no se imparten en centros de estudios universitarios a las que no se les podría ubicar en un nivel jerárquico inferior.

Dentro de este grupo tenemos, a manera de ejemplo, a los Diplomáticos. Si bien la Carrera Diplomática no se imparte en alguna Universidad, sino en la Academia Diplomática del Perú, dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien termina los años de estudio en condición de Tercer Secretario del Servicio Diplomático obtiene un título profesional, el de Licenciado en Relaciones Internacionales y la Maestría en Diplomacia.

Por otra parte, tenemos a quienes siguen una carrera de armas, ya sea en el Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea o Policía Nacional.

Resulta evidente que a pesar de no tratarse de profesiones liberales, quienes concluyen satisfactoriamente sus estudios en estas Escuelas tienen un título equivalente en jerarquía al de un profesional liberal. Así, un Teniente de Caballería del Ejército del Perú es tan profesional en su especialidad como el Médico Cirujano lo es en la suya o el Abogado en la propia.

Pero sería injusto circunscribir todas las consideraciones que venimos efectuando a este tipo de carreras o especialidades, pues existen otras que independientemente de no dictarse en Universidades, sino en otros centros de estudios superiores, resultan de igual o mayor importancia que muchas de las profesiones mencionadas. Es el caso, sólo por citar ejemplos representativos, de quien se ha graduado de Secretaria Profesional, o de quien es Sub Oficial en algún instituto armado o Policía Nacional o de quien ha obtenido un título de Técnico en Computación o alguna otra carrera similar.

El hecho de que estas especialidades no se enseñen en las Universidades, sino se impartan por otros centros de estudios, o porque los estudios duren un tiempo menor, no determina que se trate de “especialidades de segundo orden”.

Podríamos decir que no resultará extraño, dadas las características del mercado laboral peruano y el avance de la tecnología, que encontremos en una misma ciudad del Perú, a un experto Técnico Informático que gane más dinero y sea más reconocido que un Médico de cierta especialidad; o a una Secretaria muy bien remunerada, mientras exista un Arquitecto, de su misma edad, que realice labores de chofer de taxi por las calles de Lima.

⁵ Ibid, p. 447.

Con lo expresado queremos decir que la importancia de un profesional depende de las circunstancias que imponen su preparación, de las condiciones de las personas, del nivel socio económico, del entorno cultural, de las relaciones sociales, de la inteligencia y de muchos otros factores que hacen imposible encasillarlos en un orden jerárquico, a menos que queramos correr el riesgo de perder la perspectiva.

Aquí resulta aplicable la antigua expresión de Ramón de Campoamor, popular poeta español del siglo XIX, quien dijera que “En este mundo traidor nada es verdad ni mentira; todo es según el color del cristal con que se mira”.

Este dicho, que se ha convertido en uno de uso muy popular, nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de considerar en el análisis de los profesionales a aquellas personas que no han estudiado una carrera universitaria o equivalente, ni siquiera una de orden técnico o equivalente, sino que ya sea en algún centro de instrucción informal o por ser autodidactas, son especialistas en una determinada actividad.

Así, por ejemplo, podríamos mencionar al obrero de construcción civil, quien podría haber estudiado su oficio en el seno de su familia, o en alguna institución como podría el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO). Similares consideraciones podríamos efectuar sobre un mecánico de automóviles, quien bien pudo haber estudiado en un centro de formación o haber aprendido su técnica, tal vez desde pequeño, al lado de su padre, un maestro experimentado.

La relación podría ser infinita, pero cabría mencionar, por ser ejemplos ilustrativos, casos como el del Peluquero, Decorador de Interiores, Diseñador de Modas y alguna otra especialidad que bien puede aprenderse en alguna institución o incluso en ninguna, pues la persona podría haber nacido con condiciones innatas para dedicarse a esas actividades.

Incluso podríamos citar como caso ejemplificador el de un especialista en turismo, actividad que ha sido mencionada dentro de aquellas materias que se imparten como carreras universitarias en el Perú, pero no cabe duda de que existen muchos especialistas en el tema que sin haber pasado jamás por un aula universitaria, conocen mucho más sobre el mismo que alguien que sí ha estudiado la carrera universitaria y que ha obtenido el título de profesional en Turismo. Podría decirse que uno es un profesional y que el otro es un empírico, pero la ley no establece como requisito para ejercer esta actividad humana el que haya sido cursada en un centro de estudios, sea del nivel que fuere.

Por otra parte, en una sociedad como la actual, donde las actividades de todas las personas tienen una alta interdependencia, las diversas especialidades no deben ser vistas como compartimentos estancos, ya que cada vez se interrelacionan con mayor frecuencia y complementariedad. Prueba de ello es el hecho de que el estudio de las diversas carreras universitarias obligan al alumno a seguir cursos que no son estrictamente de la carrera, pero sin cuyo conocimiento no podría ejercer adecuadamente la profesión escogida. Ello va desde el hecho de que se imparte instrucción de “Estudios Generales” en muchas Casas de Estudio, hasta que en la propia disciplina se siguen materias complementarias. Por ejemplo, hoy en día un alumno que pretenda ser Abogado en la Pontificia Universidad Católica

del Perú, para serlo, tiene que haber cursado asignaturas tales como Matemática, Estadística, Lógica, Contabilidad y Economía, sólo por citar las más representativas y, por lo general, ajenas a las preferencias de los estudiantes de Derecho.

2. El supuesto requisito de la colegiatura

Como segundo punto necesario de abordar, está el de definir si resulta determinante como criterio clasificatorio de si alguien es profesional o no, el hecho de que determinada especialidad tenga impuesta por ley una colegiatura obligatoria.

Como sabemos, los Colegios Profesionales no solamente constituyen sociedades intermedias que agrupan a especialistas del mismo ramo, sino que también son órganos a través de los cuales se puede fiscalizar el ejercicio de una determinada profesión.

Resulta innegable que las profesiones para cuyo ejercicio se ha dispuesto de una colegiatura obligatoria han sido siempre aquellas — en que ya sea por su antigüedad o por su importancia— el Estado se ha visto en la necesidad de circunscribir su práctica a profesionales universitarios titulados en la materia; como es el caso de los Médicos, de los Abogados y de los Ingenieros, sólo por citar las tres profesiones liberales más conocidas.

Pero no sólo eso. La ley también reprime el ejercicio ilegal de estas profesiones, en caso de que una persona que no tuviese el título respectivo o la colegiatura en regla, procediera a desempeñarse en las mismas.

De esta forma, el Código Penal sanciona tanto el ejercicio ilegal de la Medicina, como el ejercicio ilegal de la Abogacía o el ejercicio ilegal de la Ingeniería, entre otras especialidades.

En cambio, en otras carreras en donde la colegiatura no es obligatoria, la ley no reprime que personas que no las hayan estudiado se dediquen a su ejercicio, como es el caso del especialista en turismo o del periodista, pues estas profesiones pueden ser desarrolladas por cualquier persona que tenga interés en trabajar en esas áreas.

Indudablemente el tema de la colegiatura obligatoria pasa por asignar un criterio valorativo a las diversas profesiones, dado que muchas de ellas exigen el estudio y la adquisición —en las instituciones pertinentes— de una serie de conocimientos altamente especializados, los mismos que resultaría difícil adquirir de modo empírico, fuera del hecho de que esos conocimientos, además de ser adquiridos en las aulas, requieren de una determinada práctica y la aprobación de un currículo establecido por cada Centro de Estudios, además de la obtención del título profesional, ya sea con la elaboración de una tesis o a través de cualquiera de los otros procedimientos contemplados por la ley para tal efecto.

Es el grado de especialidad que exige al Estado tener una actuación más responsable y vigilante sobre el ejercicio de estas profesiones, pues una mala práctica de las mismas podría conducir fácilmente a ocasionar graves perjuicios a las personas, o incluso a la sociedad en su conjunto.

No obstante ello, ese tampoco es un criterio definitivo, pues si bien alguien que ejerza ilegalmente la Medicina podría causar la

muerte de una o varias personas (siendo una profesión de colegiatura obligatoria y de ejercicio ilegal perseguido por la Justicia), quien se dedique a la cocina, siendo empírico y no profesional, podría ocasionar la muerte por envenenamiento no sólo de una, sino de varias o muchas personas; si, por ejemplo, cometiera una equivocación, empleando como insumo para la preparación de un determinado alimento, no leche en polvo, sino un poderoso insecticida, como ocurrió en 1999 en una localidad de las afueras del Cusco, muriendo envenenadas varias decenas de escolares.

Pero no obstante aquello que acabamos de anotar, la colegiatura obligatoria no constituye elemento definitivo para expresar si nos encontramos frente a una profesión o no. Simplemente nos permite extraer como única conclusión el que existen especialidades de colegiatura obligatoria, como también existen otras cuya colegiatura no reviste este carácter.

3. El supuesto requisito de la habitualidad

En tercer lugar debemos referirnos a si el profesional debe o no encontrarse en ejercicio habitual de su profesión.

Si tomamos el significado amplio de la palabra “profesión”, como lo hemos hecho en este estudio, ello significa que tal profesión puede haber sido adquirida ya sea con estudios en centros especializados o de manera empírica.

Consideramos que el rasgo de ejercicio habitual no será un elemento básico para calificar una actividad como profesional o no, habida cuenta que podría tratarse de una persona que haya estudiado determinada especialidad (por el medio que fuere), y que no hubiera ejercido nunca esa profesión; o que de haberla ejercido haya transcurrido un lapso considerable en el que no se haya desempeñado en la misma.

En el caso de aquellas especialidades que han merecido un título profesional, por más que la persona de quien estemos hablando hubiera dejado de ejercerla por un lapso considerable, no podríamos afirmar que esa persona ya no es un profesional o, en expresión que resultaría equivalente, decir que esa persona ha dejado de ser un profesional. Esa persona es un profesional, siendo ello así en razón de que posee un título oficial que lo acredita tener esa profesión; y los títulos profesionales no se pierden por “prescripción extintiva” o “abandono” (como sí ocurre con los bienes o cosas, en sede de Derechos Reales).

Así, un médico será médico desde el momento en que obtenga su título profesional y podrá ejercer la Medicina desde el preciso instante en que obtenga su respectiva colegiatura en el Colegio Médico del Perú, estando en capacidad legal de ejercer su profesión para siempre (en tanto y en cuanto se mantenga al día en sus cotizaciones al Colegio Médico y no haya sufrido ninguna sanción impuesta por el propio Colegio o una inhabilitación derivada de un fallo emanado de los Tribunales de Justicia).

Es evidente que si ese médico deja de ejercer la profesión, dedicándose a una actividad distinta, igualmente dejará de estar actualizado en las últimas técnicas y avances de la Medicina, lo que podría, en la práctica, conducirle a ser menos competente, pero ello nada tiene que ver con el hecho de que sigue siendo, en estricto, tan profesional como antes.

Sólo a manera de ejemplo podría decirse que ese médico, desactualizado y todo, podría ser mucho más competente que otro profesional —contemporáneo a él— que se dedique al ejercicio habitual de su profesión.

Ahora bien, el lector se preguntará si podríamos expresar las mismas consideraciones respecto de alguien que haya estudiado una especialidad de manera particular o empírica.

Recogiendo ese viejo adagio popular que reza que “Lo que bien se aprende nunca se olvida”, si una persona ha adquirido determinados conocimientos o cierta destreza en alguna actividad, el hecho de que siga desempeñándose en ella o no, no constituye elemento determinante para poder afirmar si es que continúa siendo profesional en esa materia; pues bien podría ocurrir que haya olvidado por completo todo lo aprendido o que mantenga a plenitud los conocimientos adquiridos.

Admitimos, sin embargo, que en estos casos, al no existir un título que respalde la obtención de la referida especialidad, podría sostenerse que esa persona “habría dejado de tenerla”.

Sin embargo, como resulta claro, ello deviene en algo sumamente relativo y discutible.

4. El supuesto requisito de la onerosidad de los servicios

En cuarto lugar, debemos detenernos en el hecho de que, como se recuerda, el tercer significado de la palabra “profesión”, en nuestra Lengua Española, hacía referencia al empleo, facultad u oficio que una persona tiene “y ejerce con derecho a retribución”.

Sin lugar a dudas, el derecho de percibir una remuneración por el trabajo realizado tiene rango constitucional, tras el cual se encuentran arraigados, por lo demás, claros principios de Derecho Laboral.

Entonces, es evidente que toda persona tiene derecho a percibir una remuneración por la labor que realiza, lo que no implica la obligatoriedad de percibir dicha remuneración, en la medida que si fuera voluntad de dicha persona renunciar al cobro de un estipendio, y su contraparte estuviese de acuerdo, además de que no se contravendría norma alguna de carácter imperativo, esa persona se encontraría en todo su derecho de ejercer su profesión o especialidad a título gratuito o con ánimo de liberalidad o de beneficencia.

Sin duda nos hallaríamos ante un acto de carácter altruista; pero no por ello podríamos descalificar a la persona de que se trate, no considerándola como un profesional.

Con lo expuesto, queremos dejar en claro que el hecho de cobrar o no, resulta del todo irrelevante para considerar a alguien como profesional.

Por lo demás, es frecuente observar en la práctica a diversos profesionales que, dependiendo de las circunstancias, comparten el ejercicio de su profesión de manera gratuita y de manera onerosa, como sería el caso del Abogado que usualmente cobra a los clientes que conforman su cartera, pero que también ayuda gratuitamente a personas que carecen de recursos y que requieren de sus servicios profesionales.

5. El supuesto requisito de la reglamentación

Según un apreciable sector de la doctrina argentina⁶, se considera que el ejercicio profesional supone una actividad que está (o debiera estar) reglamentada. Si bien es cierto que esta afirmación reviste validez en cuanto a la mayoría de profesiones tradicionales, existen infinidad de actividades que no tienen reglamentación alguna, debido a que resultan novedosas, o a que por tratarse de artes u oficios en los cuales la persona incluso puede ser autodidacta (como por ejemplo el caso de un pintor, un escultor o cantante), resultaría imposible pensar en una regulación o reglamentación.

Además, el número de actividades, así como su enorme variedad, harían absolutamente impensable que fuera válido el supuesto requisito de reglamentación, como para calificar a alguno de profesional o no.

6. El supuesto requisito de la habilitación

De acuerdo con la doctrina, el profesional requeriría de una habilitación previa, lo que equivale a encontrarse autorizado para desempeñar dicha actividad.

Sin duda, este requisito se encuentra íntimamente ligado con el referido a la reglamentación profesional, pues hasta podríamos decir que la habilitación va implícita en la reglamentación misma, razón por la cual hacemos aplicables al tema de la habilitación las consideraciones expresadas cuando analizamos el supuesto requisito de la reglamentación.

7. El supuesto requisito de la autonomía técnica

Según un sector de la doctrina y jurisprudencia, aun cuando exista locación de servicios o relación laboral, el profesional sólo tiene subordinación jurídica.

Esta afirmación es sumamente relativa, en la medida que el tema de la subordinación escapa o rebasa los alcances de aquellos que no tienen una profesión, en sentido estricto. Decimos esto, por cuanto el mundo de hoy presenta infinidad de relaciones laborales, ya sea propiamente dentro del ámbito del Derecho Laboral o en el de los contratos de prestación de servicios.

De esta forma, el decir que el profesional sólo tiene subordinación jurídica, independientemente de la naturaleza del contrato que lo vincule a su cliente o empleador, podría ser aplicable en algunos supuestos, pero no en otros, donde el profesional, en sentido estricto, tal vez sea mucho más dependiente —en todos los órdenes— que quien no sea profesional, en sentido estricto. Sería el caso del Abogado contratado por un Estudio integrado por numerosos Abogados, persona que, teniendo una profesión liberal, carecería de autonomía técnica en la labor que realiza cotidianamente; y, de seguro, resultaría teniendo un altísimo grado de dependencia si lo comparásemos con el pintor o el escultor que ha aprendido por sí mismo los conoci-

mientos que maneja respecto a la materia, y que trabaja solo y con plena libertad de todo orden en el taller artístico de su propiedad.

8. El supuesto requisito de la sumisión a normas éticas

De acuerdo con un criterio doctrinal, el ejercicio de la profesión exige, de ordinario, el respeto de normas éticas, codificadas o no, que constituyen su deontología particular.

No deja de ser cierto que muchas profesiones tienen normas éticas específicas, en la mayoría de casos codificadas, es decir, organizadas a través de un Código de Ética. Los casos más claros y conocidos son los de los Médicos y Abogados.

Sin embargo, el hecho de tener principios éticos de orden privativo, se produce única y exclusivamente en virtud a que esa profesión presenta ciertos rasgos o caracteres específicos que han decidido ser ordenados en dicho Código por el respectivo Colegio Profesional.

9. El supuesto requisito de estar sometido a potestades disciplinarias

Resulta evidente que debido al requisito de la colegiación obligatoria, presente en algunas profesiones liberales, dicha colegiación implica el sometimiento a potestades disciplinarias, las mismas que pueden ser ejercidas por el poder de policía del Estado.

Ello es cierto, y todo profesional colegiado va a estar sujeto a estos preceptos, los mismos que se encargarán de vigilar el estricto cumplimiento de los principios y normas que impone la colegiatura. Sin embargo, no encontramos razón alguna para sostener que sólo para este tipo de profesionales resulte aplicable la potestad disciplinaria del Estado, en la medida que éste —al representar a la sociedad organizada—, tiene todo el Derecho de aplicar las sanciones y restricciones del caso a cualquier otro profesional, o a cualquier persona que —en ejercicio de sus actividades— transgreda normas legales de carácter imperativo, atente contra la moral, las buenas costumbres o el orden público.

10. La profesión como supuesto agravante de la responsabilidad civil

De acuerdo con una corriente de pensamiento, el desarrollo de las actividades profesionales debe implicar una posición más severa tanto de la ley como de los Tribunales de Justicia en torno al monto indemnizatorio debido y en cuanto a los requisitos de diligencia, los mismos que en el caso de los profesionales deberían ser (dentro de esa línea de pensamiento) más estrictos que aquellos exigidos a las personas que no sean consideradas como tales.

A favor de esta idea se señalan diversas razones.

En tal sentido, convendría analizar cada uno de los argumentos que se aducen para agravar la responsabilidad del profesional.

10.1. El profesional tiene un nivel de instrucción superior

Se dice que el profesional posee un nivel de instrucción o especialidad que lo hace más capaz para desplegar sus actividades que el resto de miembros de la sociedad.

⁶ Véase ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. "Responsabilidad por el Ejercicio Profesional". Ponencia presentada al Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en Santa Fe entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1988. Publicada en la obra de los mismos autores titulada Derecho de Daños y otros Estudios, p. 253.

Si bien es cierto que la persona que posee un determinado arte, profesión, oficio o especialidad (términos que hemos convenido en calificar como “profesión”), puede tener más destreza que otras personas para el desempeño de esa especialidad, tal situación ocurrirá única y exclusivamente en torno a la actividad en la que esta persona se haya especializado, pero estimamos que éste no sería un elemento relevante, en la medida que en su vida diaria dicho individuo se relacionará con muchos otros que posean, igualmente, habilidades o especialidades en distintos rubros del conocimiento humano, de donde resultará probable que el profesional de quien estamos hablando no tenga los conocimientos del caso.

Con ello queremos expresar que la profesión de una determinada persona no debe ser apreciada como una situación aislada dentro del contexto social, en la medida que cada cual cumple una función dentro de la sociedad, desempeñando la actividad o las actividades en que se ha especializado.

E incluso podríamos encontrarnos con una persona que se dedique a una actividad en la que no sea experto, pero que lo haga porque la ley se lo permite, y para ganarse el sustento.

Ello significa que esta persona, más allá de si realiza su actividad cotidiana con convicción o sin ella, o de si la ejerce con pleno conocimiento de causa o con escasos conocimientos sobre la materia, está desarrollando una determinada profesión; y, por desarrollar esa profesión, debe merecer igual tratamiento (en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada de sus actos) que aquél que corresponda al profesional egresado de la más prestigiosa Universidad y que, a su vez, se trate de un connotado personaje dentro del ámbito de las actividades que desarrolla.

Todo esto equivale a decir que —dentro de la perspectiva que venimos asumiendo— cada uno de nosotros es un profesional en lo que realiza cotidianamente, y, en tal virtud, se nos podrá exigir, con igualdad de condiciones, similar diligencia que aquella susceptible de exigírsele a las demás personas en los respectivos campos o esferas en donde desarrollan sus actividades.

En resumen, para nosotros toda persona puede ser considerada como “profesional” en algo, tenga o no título profesional, y con absoluta prescindencia de los demás factores esgrimidos por la doctrina, e incluso del hecho de valorar si sus conocimientos sobre el tema son o no de un nivel aceptable.

10.2. El profesional tiene deberes especiales para con la sociedad

Dentro de una forma de ver este problema, se señala que el profesional tiene un deber de gratitud para con la sociedad, en la medida que es una persona que ha tenido el privilegio de estudiar y recibir por parte de la sociedad una formación que le permite gozar de determinados beneficios.

Desde ese razonamiento, como retribución a aquello que la sociedad le ha brindado, el profesional debería tener una responsabilidad mucho mayor que la de cualquier otra persona, especialmente de aquellos que no han tenido la fortuna de recibir instrucción especializada.

Sobre este argumento tenemos serios reparos, ya que estimamos que se trata de una visión sumamente sesgada del problema, la misma que en tal virtud puede devenir en injusta.

En primer lugar, dentro del concepto que venimos empleando, prácticamente todos los integrantes de una sociedad serían profesionales o especialistas en algo (por más o menos sofisticado que ello sea y por mayor o menor que fuere la instrucción recibida). Pero si por un momento asumiésemos la posición de comprender dentro del concepto de profesional únicamente a la persona que ha obtenido una profesión en una Universidad o equivalente (vale decir, el concepto restringido que rechazamos), el hecho de haber estudiado una profesión en sentido estricto no significa necesariamente que la sociedad peruana haya contribuido de manera decisiva a dicha formación, ni mucho menos que el profesional de quien estamos hablando haya sido educado con recursos del Estado.

Obviamente que podríamos encontrarnos en el caso extremo en que se trate de una persona que desde el momento de su nacimiento ha recibido única y exclusivamente subvención estatal, como podría ser el caso de alguien cuya familia se haya mantenido con ayuda del Estado, que haya estudiado en colegio público, que posteriormente haya seguido con éxito una carrera en una Universidad estatal y —para llevar el caso al extremo— haya seguido sus estudios de post grado con una beca integral otorgada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC), cuando dicha institución se encargaba de financiar este tipo de estudios.

Es claro que esta persona tendría un gran deber moral para con el Estado y la sociedad peruana en su conjunto, el mismo que debería verse reflejado en el desarrollo de sus actividades profesionales dentro del territorio nacional, pero no existe norma alguna que impida a esa persona emigrar a otro país y desarrollar el ejercicio de su profesión en ese otro país, hecho que podría significar un elemento de ingratitud en el plano moral, pero el Estado no tendría medio coercitivo alguno para evitar que proceda en ese sentido o eventualmente reclamarle una indemnización por daños y perjuicios (especialmente por lucro cesante).

Pero tomar un ejemplo como el anotado, como si constituyese regla en esta materia, nos parece excesivo, en la medida que las personas que llegan a obtener una profesión en el Perú, no la consiguen fundamentalmente por acción del Estado, sino por el esfuerzo personal de sus familiares, especialmente de sus padres.

Además, las personas no siempre recibirán instrucción estatal, pues en muchos casos habrán estudiado ya sea en colegios privados (que por ser privados no necesariamente tienen que ser costosos) o en Universidades particulares. Además, alguien puede haber obtenido una profesión siguiendo estudios en instituciones estatales, pero como todos sabemos, la enseñanza no lo es todo en una profesión, pues dicho alumno requerirá, mientras siga sus estudios, de una serie de recursos básicos para alimentarse, vestirse, transportarse, adquirir libros o separatas, implementos para el desarrollo de su profesión (como es el caso, sobre todo, de las carreras del área de ciencias), etc.

Por otro lado, también podríamos estar hablando de una persona de muy modestos recursos y de procedencia humilde, que haya

trabajado desde pequeño, de modo tal de haber compatibilizado sus estudios y su trabajo. Bien podría haber ocurrido que esta persona pagara sus estudios con el dinero obtenido en su trabajo.

Y, más allá de los infinitos matices que se podrían presentar con relación al tema materia de tratamiento, cabría citar el caso de un profesional que haya seguido todos sus estudios en el extranjero, y que incluso no tenga la nacionalidad peruana, pero que no obstante ello haya venido al Perú a ejercer su profesión, desplegando los conocimientos adquiridos en ese otro país. En este último caso, no cabe duda de que esta persona poco o nada debería al Perú y a los peruanos en lo que respecta a su formación profesional.

Así las cosas, nos parecería absurdo sostener que el profesional, por el solo hecho de serlo, deba tener una responsabilidad civil mayor que cualquier otra persona en el Perú.

Si aplicásemos a la responsabilidad civil ese criterio de mal entendida gratitud, podríamos llegar al absurdo de que el personaje del primero de nuestros ejemplos debería tener una responsabilidad mucho mayor que la del personaje del último de ellos, pues el primero debe casi todo lo que es o tiene al Estado peruano y a la sociedad peruana, en tanto que el último, al no deberles nada, tendría que ser considerado con una responsabilidad más benigna.

Pensamos que analizar el tema de la responsabilidad profesional desde una perspectiva de esta naturaleza constituiría un absurdo, pues en materia de Derecho de Daños, poco o nada deben interesar los antecedentes personales o familiares de quien cause el daño, debiendo sólo apreciarse el factor de atribución y la cuantía de los daños y perjuicios causados.

11. A modo de conclusión

Nuestro cuestionamiento sobre la autonomía de la responsabilidad profesional no resulta novedoso, pues ya en 1897 el profesor italiano G.P. Chironi⁷ señalaba que con la teoría que él proponía para el estudio del tema y las aplicaciones que la esclarecen, se demostraba que la impericia y el error profesional no son modos especiales de culpa, sino que entran en los conceptos generales fijados en materia de comportamiento ilícito. Agregaba Chironi que según el criterio mensurador dado, a veces lo que es impericia o poca pericia respecto de un médico, que se encuentra en otra condición y estado que el agente, puede no ser culpa; pero esto no depende de particular consideración de la impericia o del error profesional, sino del modo de medir y graduar la culpa en general.

Comparten el parecer de Chironi diversos profesores contemporáneos, como es el caso de Cazeaux y Trigo Represas⁸.

En nuestro país la materia ha sido tratada con suma lucidez por el profesor Fernando de Trazegnies Granda, quien cuestiona la existencia de una responsabilidad profesional con características propias, entendida como subespecie de una responsabilidad contractual o extracontractual.

El planteamiento de De Trazegnies parte de un cuestionamiento bastante sugestivo, cuando afirma lo siguiente:

Me comprometí con los editores de esta revista (se refiere a la Revista del Magister en Derecho Civil de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que dirige nuestro común amigo el Doctor René Ortiz Caballero) a escribir un ensayo sobre responsabilidad profesional. Pero, después de haber reflexionado un poco, tengo la impresión de que la responsabilidad profesional no existe.

Ahora bien, dado que esa afirmación requiere ser explicada, voy a insistir en el tema. Por tanto, voy a escribir sobre algo que creo que no existe; lo cual resulta un tanto difícil, porque es como pedirle que haga un estudio sobre los fantasmas a quien no cree en la inmortalidad del alma.

Decir que no existe la responsabilidad profesional no significa que los profesionales sean unos irresponsables; no pretendo sostener que los profesionales no tienen responsabilidad por sus actos. Muy por el contrario, creo que tienen una responsabilidad insoslayable. Sólo que esa responsabilidad que tienen los profesionales no es distinta de la responsabilidad contractual o extracontractual normal. En otras palabras, si bien existe la responsabilidad de los profesionales, el concepto de 'responsabilidad profesional' (que implica una variante de la responsabilidad, distinta de la responsabilidad civil común) no tiene consistencia. Por tanto, los profesionales —si es que esta categoría tiene a su vez sentido dentro del mundo actual— están sometidos en sus actos (o deben estarlo) a las responsabilidades contractual y extracontractual como cualquier otro sujeto jurídico.

Nuestra posición respecto a este tema comparte plenamente los fundamentos esbozados por Fernando de Trazegnies Granda⁹. No obstante, consideramos que existen diversos matices en la responsabilidad de diversos profesionales, que merecen particular estudio, no para sostener que constituyen áreas distintas en materia de responsabilidad, sino para poderlas entender mejor dentro de la dual responsabilidad civil contractual y extracontractual.

⁷ CHIRONI, G.P. La Culpa en el Derecho Civil Moderno. Culpa Extra-Contractual. Traducida de la segunda edición italiana por DE QUIROZ, C. Bernaldo. Tomo Primero. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1904. p. 164.

⁸ CAZEUX, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. Compendio del Derecho de las Obligaciones. Tomo II. La Plata: Editorial Platense, 1986. p. 595.

⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Evaporación de la Responsabilidad Profesional". Revista del Magister en Derecho Civil. Volumen I, 1997, pp. 55-83.