

# ASPECTOS LEGALES DE LA PRACTICA MEDICA

**Eduardo Barboza Beraún**  
**Bachiller en Derecho**  
**Asistente de Docencia de Derecho Civil**  
**Pontificia Universidad Católica del Perú**

*"Se puede complacer a algunas personas, algunas veces, pero no se puede complacer a todas las personas, todas las veces."*

Abe. Lincoln

## INTRODUCCION

Hoy en día, a diferencia de tiempos antiguos en que se pensaba que el médico era "el salvador" de las personas enfermas (con excepción de las llamadas enfermedades incurables), se sabe que el médico es un profesional al igual que cualquier estudioso de otros campos, al que lejos de considerar como salvador -por no tener atributos sobrenaturales; debe considerársele como el profesional que presta sus servicios brindando su conocimiento, capacidad técnica y experiencia para tratar a los enfermos, y en la medida de lo posible restablecer su salud.

Sin embargo, existe todavía un grupo de personas que mantiene el pensamiento antiguo de que el médico está obligado a salvar a su paciente o por lo menos, como señalan otros, a mejorarlo. Se trata de una posición minoritaria, autodenominada "la doctrina moderna".

Por otra parte, los cambios socio-económicos de los últimos años han motivado reacciones adversas a situaciones complejas dentro de la práctica médica, especialmente en los casos en que la relación médico-paciente, establecida clásicamente en años pasados sobre base del prestigio del profesional y de la confianza del paciente por su médico, se viene deteriorando a ritmo acelerado por la participación de las llamadas empresas de salud, las cuales son intermediarias entre el médico y el paciente, y establecen en última instancia el mecanismo contractual, fijando el honorario profesional. Este distanciamiento entre el médico y el paciente, ha traído como consecuencia una quiebra en su buena relación, que ha motivado la pérdida del respeto y

*La responsabilidad civil derivada de la práctica médica es uno de los temas más discutidos de esta rama del Derecho Civil. Existen quienes propugnan la responsabilidad objetiva de los profesionales médicos aduciendo que la sola producción de daños en virtud de la intervención médica configura responsabilidad civil. El autor de este artículo rebate dicha posición, expresando las razones por las que deben restringirse los supuestos en que los médicos pueden ser imputados por la causación de daños.*

la valoración que clásicamente se le dio al profesional de la salud, lo que ha devenido en una creciente actitud beligerante, que no tiene una base legal que la sustente.

De otro lado, actualmente la doctrina es pacífica, respecto a la naturaleza jurídica del servicio médico y de la responsabilidad que adquiere el profesional al obligarse a prestar sus servicios a una persona.

Antiguamente, los estudiosos del Derecho se preguntaban si la relación que existía entre médico y paciente era de carácter contractual o era de otra naturaleza, ya que al tratarse de la vida humana ella no podía ser objeto de un contrato.

Actualmente, aquello es indiscutible, sabemos que la naturaleza del servicio médico -salvo muy contadas excepciones- es de tipo contractual, como luego pasaremos a explicar.

En nuestra legislación, el Código Civil en su artículo 1351, inspirado en el artículo 1321 del Código Civil Italiano, define al contrato como el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Asimismo, el artículo 1352 del mismo texto legal consagra el principio de la consensualidad, según el cual los contratos se perfeccionan con el sólo consentimiento de las partes, salvo en aquellos casos para los cuales la ley exige una formalidad.

Los seres humanos constantemente contratamos y muchas veces ni siquiera nos damos cuenta de ello; estamos generando relaciones jurídicas de carácter patrimonial y, más aún, no necesariamente lo hacemos de manera escrita o con alguna formalidad. Cada quien contrata como mejor le parezca, de acuerdo a sus necesidades y en función a sus propios intereses, y no siempre es necesario hacerlo de manera escrita, la cual serviría como medio de prueba (entre otros instrumentos) para demostrar la existencia de un contrato. Esto no significa que no estemos ante la presencia de un contrato, ya que el artículo 1352 antes mencionado exige como requisito para la existencia de éste el sólo consenso. Siguiendo con esta idea, en muy pocas ocasiones las personas que solicitan los servicios de un médico lo acuerdan de forma escrita, lo usual es que se haga verbalmente, ya sea con el mismo paciente o con sus familiares.

Esto puede ser acreditado ya sea con algún recibo, o con la ficha médica, con la historia clínica entre otros, lo que nos permitirá inferir de manera indubitable que nos encontramos ante la presencia de lo que el profesor de la Puente denomina como la declaración conjunta de voluntad común.

## NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO MEDICO

Uno de los criterios que utiliza la doctrina para la clasificación de los contratos, es aquel que se basa en la regulación de los mismos. De esta manera, se diferencian los contratos típicos de los atípicos.

Los contratos típicos, son aquellos esquemas contractuales que están legalmente contemplados y a los que el derecho objetivo ha proporcionado una regulación de carácter general, lo que al entender de Gete Alonso significa que:

**“(...) la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares y al conjunto así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria”<sup>1</sup>.**

Por el contrario, podemos decir que los contratos atípicos son aquellos que no tienen una regulación expresa, completa y unitaria en la ley. Compartiendo dicha definición de la Puente manifiesta al respecto que:

**“(...) el contrato atípico es aquel, que no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante disciplina particular”<sup>2</sup>.**

El Código Civil en su artículo 1353, hace referencia erróneamente a los contratos innominados, confundiendo los con los contratos atípicos. Los contratos innominados, en contraposición a los contratos nominados, son aquellos a los que no se les ha dado una denominación especial, en cambio los segundos tienen un *nomen iuris*, es decir, han recibido un nombre ya sea por la doctrina, la costumbre o la ley.

Como se puede apreciar, se trata de categorías totalmente diferentes, ya que mientras los contratos atípicos se refieren a la ausencia del tipo legal, vale decir, aquel contrato no regulado por la ley, los

<sup>1</sup> GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Estructura y Función del Tipo Contractual”, Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 15.

<sup>2</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “El Contrato en General”, Fondo Editorial de la PUC, T. I, pág. 200.

contratos innominados hacen referencia a la falta del *nomen iuris* de los mismos, en el sentido de no tener un nombre generalmente conocido para identificarlos.

De acuerdo a estas definiciones, podemos concluir que el contrato médico es un contrato nominado, pero atípico. De conformidad con el citado artículo 1353 del Código Civil, las reglas generales de contratación son aplicables a todos los contratos de Derecho Privado, incluyéndose los innominados (entiéndase obviamente a los contratos atípicos), por lo que queda claro que el contrato médico queda sometido a las normas sustantivas del código.

En este sentido, el contrato celebrado entre médico y paciente lo encontraremos regulado por los artículos 1755 y siguientes del Código Civil. Por la locación de servicios, como especie del género Prestaciones de Servicios, tal como lo regula el Código Civil portugués de 1966, se entiende que el locador se obliga sin estar subordinado al comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución. En consecuencia, podemos decir que el comitente -llámese paciente- y el locador -entiéndase médico- se obligan por medio del contrato a que éste preste sus servicios de manera temporal o para un servicio específico y aquél a darle una retribución por dichos servicios.

## TIPO DE OBLIGACION

La doctrina, ya desde el Derecho Romano, ha diferenciado a las obligaciones de resultado de las obligaciones de medios, distinción que posteriormente ha sido atribuida a Demogue<sup>3</sup>. En la actualidad, la doctrina predominante en los diversos ordenamientos jurídicos admite dicha distinción. No puede negarse la utilidad de la distinción de esta clase de obligaciones; dicha esencial diferencia de obligaciones es defendida por grandes tratadistas, como son Josserand, los Mazeaud, Ennecerus-Kipp, Betti, Hernández Gil, Spota, Cazeaux y Trigo Represas, entre otros.

Se entiende que las obligaciones de resultado (denominadas por el Derecho Germano como los *Erfolgsverträge*), como su nombre lo indica, tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse ya que éste puede ser obtenido con una seguridad casi absoluta si se utiliza la técnica adecuada, mientras que las obligaciones de medios

(conocidas por la doctrina alemana como los *Tätigkeitsverträge*) se refieren solamente a la conducta que el deudor deberá observar en condiciones y dirección determinadas. En las primeras, conocidas también como las de responsabilidad objetiva, el deudor ha prometido ejecutar un acto determinado positivo o negativo, por ejemplo se ha obligado a construir una casa, en cambio, por las segundas, denominadas también como las de responsabilidad por culpa, el deudor se ha comprometido solamente a portarse de tal modo, en tal dirección, suministrando sus esfuerzos en orden a un resultado, qué duda cabe, pero sin garantizar el éxito del mismo.

¿Puede compararse razonablemente la obligación de un constructor (ingeniero) a la de un médico? Desde ningún punto de vista podemos hacerlo, ya que si bien podemos aceptar que la diferencia no estriba en el grado de diligencia, porque la conducta diligente es igualmente exigible en las dos categorías de obligaciones, cuando hablamos de obligaciones de resultado estamos aludiendo a aquellas en las que el deudor garantiza la satisfacción del interés primario, y cuando nos referimos a las obligaciones de medios o de actividad, aludimos a las obligaciones en que no existe esa garantía, debido fundamentalmente a la incerteza o aleatoriedad para satisfacer el interés primario del acreedor, es decir, el resultado que el acreedor espera. De esta forma, Josserand nos ilustra al respecto, afirmando que:

**“(...) obligaciones de medios (...) éste es el caso del médico, que promete, no ya curar la enfermedad, sino prestar cuidados concienzudos y atentos, conforme a los conocimientos de la ciencia (...) de acuerdo con esto el cliente no obtendrá una indemnización sino en el caso de que pruebe que aquel no le ha dado los cuidados concienzudos, atentos y conforme a las prescripciones de la ciencia que debía contractualmente”<sup>4</sup>.**

Nos preguntamos a manera de ejemplo, ¿Qué promete un médico cuando atiende a su paciente? y paralelamente nos preguntamos también ¿qué promete un abogado litigante a su cliente en un proceso judicial? ¿Será que el médico promete curar a su paciente y el abogado a ganar el proceso en favor de su patrocinado? o ¿será más bien que el médico se compromete a prestar sus servicios con la debida diligencia y prudencia al igual que el abogado, tratándose de hacer todo lo posible y lo que esté a su alcance para llegar a un resultado?

<sup>3</sup> DEMOGUE, Rene, *Traité des obligations en général*, V-1, Sources des obligations, Paris, 1925, pág. 538, nota 4.

<sup>4</sup> JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosh y Cia - Editores, Buenos Aires, T.II, V.I, pág. 83 y 84.

Como vemos, no se promete un resultado, aunque es obvio que es a ello a lo que se pretende llegar, sino que se promete esa conducta diligente y prudente mientras se preste el servicio, tratándose de hacerlo de la mejor manera, lo que el Derecho Anglosajón ha calificado como *"the best efforts"*.

Ciertamente, las partes contemplan la curación del enfermo, pero el médico no está obligado a lograr este resultado, que constituye el interés primario del acreedor, por ser extraordinariamente aleatorio, sino a actuar con la diligencia precisa para que el mismo pueda producirse. En este sentido, una vez más de la Puente señala que:

**"En el caso del médico, su obligación es poner sus conocimientos, experiencia, habilidad, imaginación, creatividad, en fin, todo cuanto está en su capacidad para lograr la curación del paciente. Sin embargo, pueden haber contingencias como la naturaleza física del enfermo, su estado de salud, las limitaciones de la ciencia médica que constituyen un riesgo conocido por las partes que impide alcanzar ese resultado. Es evidente que el médico habrá cumplido su obligación de prestar sus servicios al paciente, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida"**<sup>5</sup>.

Si se entendiese que se promete un resultado, se generarían dos absurdas e injustas consecuencias:

- El Poder Judicial estaría sobrecargado de causas por incumplimientos contractuales de estos tipos de servicios.
- No existirían médicos ni abogados por temor a no llegar al resultado prometido o serían un número muy reducido.

Sin embargo, en toda regla general suele existir una excepción. Aquí también encontramos una excepción, la denominada cirugía plástica, en la cual sería posible que se garantizase un resultado. También pueden estar considerados dentro de estas excepciones algunos trabajos que, si bien implican un servicio médico, tales como el resultado de una radiografía, un diagnóstico, entre otros, ciertamente no requieren el tratamiento quirúrgico al cual estamos haciendo referencia en estas líneas.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

El sistema de la responsabilidad civil se encuentra regulado por razones lógicas y pedagógicas en dos

de los libros de nuestro Código Civil. De esta manera, la responsabilidad civil se encuentra dividida en dos:

1) La responsabilidad contractual: en el Derecho Contractual peruano existen dos clases de responsabilidades, una es aquella que deriva del saneamiento (prevista por el Título XV, del Libro VII del Código Civil) y la otra proviene de la inexecución de las obligaciones, ya sea del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación (regulada por el Capítulo I, del Título IX, del Libro VI del Código Civil).

2) La responsabilidad extracontractual: es aquella generada por un hecho de la realidad y no proveniente de un contrato, vale decir, que entre la víctima y el agente dañoso no existe vínculo contractual alguno (tratada por la Sección Sexta, del Libro VII del Código Civil).

Siguiendo la línea de pensamiento de que el servicio médico proviene de un contrato, podría generarse una responsabilidad de tipo contractual por aquel servicio que no se presta con la debida diligencia y prudencia; es decir, que se presta de forma inhumana o indiferente, con impericia, en contra a los deberes médicos y que consecuentemente origina un daño en el paciente.

Como se puede apreciar, es imprescindible que concurren los tres elementos, vale decir, debe demostrarse fehacientemente el daño ocasionado, el factor atributivo de responsabilidad y el nexo causal entre los dos primeros elementos. Esto quiere decir, que al igual que en cualquier acción judicial, lo pedido debe ser probado por quien lo invoca, salvo que por ley se invierta la carga de la prueba. De esta manera, el Código Procesal Civil :

**"salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión (...)"**

Además, como se sabe según el artículo 1330 del Código Civil:

**"La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"**.

De otro lado, ¿qué pasa con aquellos servicios prestados por un médico, no provenientes de un contra-

<sup>5</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel, *opcit.*, T.VI, pág 46 y 47.

to? Nos preguntamos si es posible ubicarse ante semejante supuesto. La respuesta es afirmativa, se trata del caso de aquella persona que ha ingresado por emergencia a un hospital y no puede expresar su voluntad para ser intervenido quirúrgicamente debido a su estado de inconsciencia o por ejemplo aquella persona que ha perdido el conocimiento, víctima de un accidente y se encuentra tendido en una avenida ¿El médico debe atenderlo? Y de hacerlo porque así lo manda la ética médica y su conciencia, ¿ante qué figura jurídica nos encontraríamos? Si el médico cura al herido, ¿tendría derecho a cobrar por sus servicios? Esto es un claro ejemplo de un servicio médico no proveniente de un contrato, lo cual merece nuestra reflexión.

## ¿EXONERACION DE RESPONSABILIDAD?

El Código Civil en su artículo 1762, que tiene su fuente en el artículo 2234 del Código Civil italiano de 1942, señala que:

**“si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.**

La exposición de motivos señala que de las dos posiciones, respecto a la distinción entre las obligaciones de medios y obligaciones de resultado, el legislador optó por aquella que diferencia dicha clase de obligaciones. Señala también que el rigorismo no debe ser exagerado cuando se trate de asuntos técnicos, lo cual como es lógico y con justa razón no se refiere a asuntos profesionales.

Podemos notar que la norma deja una ventana abierta para asuntos profesionales y para aquellos asuntos técnicos de especial dificultad en casos de culpa leve, lo cual a nuestro entender facilita o mejor dicho permite que los profesionales médicos puedan laborar sin el temor a ser demandados continuamente de manera injustificada.

Se menciona que sólo en los casos en que el prestador del servicio actúe con dolo o culpa inexcusable éste responderá por daños y perjuicios. Asimismo, el artículo 1318 del Código Civil señala que procede con dolo, quien deliberadamente no ejecuta su obligación. Seguidamente, el artículo 1319 señala que

incurre en culpa inexcusable, quien por negligencia grave no ejecuta su obligación. Esto quiere decir, que no se ha considerado la culpa leve, definida por el artículo 1320 del código, como causal de incumplimiento de la prestación del servicio; en otras palabras, de existir culpa leve por parte de quien presta el servicio, aquel estará exonerado de responsabilidad civil.

No cabe duda de que quien actúe con dolo debe responder contractualmente, lo mismo sucede en el supuesto de aquel deudor que al ejecutar su prestación incurre en culpa inexcusable, la cual en palabras de Giorgi:

**“(…) es la negligencia máxima del deudor que omite las precauciones más elementales, que no prevé lo que prevén todos (…)”<sup>6</sup>.**

De igual forma, entre otros muchos tratadistas, Ripert y Boulanger señalan que:

**“(…) la culpa grave prueba que ha obrado con tal ligereza y torpeza que ha hecho imposible el cumplimiento (…)** no sería responsable sino en el caso de haber faltado gravemente a su obligación de diligencia.”<sup>7</sup>

Por estas razones, es que la Exposición de Motivos del artículo 1319 del Código Civil señala que:

**“(…) ésta es justamente la negligencia que linda con el dolo; por la gravedad que ella reviste, y, al ser los límites entre el dolo y la culpa inexcusable con frecuencia borrosos, se atribuyen, según se ha indicado, iguales consecuencias jurídicas a quien actúe de cualquiera de esas dos maneras.”<sup>8</sup>**

A nuestro entender, a pesar de que algunos consideren que se trata de una protección extrema, el legislador fue muy atinado al incorporar el artículo 1762 en nuestro Código Civil, ya que, para casos médicos, así como también en el Derecho (entiéndase procesos judiciales) entre otros, si bien el médico y el abogado realizan todo lo posible para curar al paciente o ganar el proceso respectivamente, hay muchas cosas que no están en sus manos. Si bien la ciencia médica avanza continuamente, existen muchos elementos que pueden afectar el resultado del tratamiento médico, como por ejemplo el alto riesgo quirúrgico, las características propias de cada pa-

<sup>6</sup> GIORGI, Jorge, “Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno”, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, T.II, pág.58.

<sup>7</sup> RIPERT-BOULANGER, “Derecho Civil”, Ediciones La Ley, Buenos Aires, T.IV, pág 474.

<sup>8</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, “Exposición de Motivos del Código Civil”, Parte III, T.V, pág 446.

ciente (ancianos, desnutridos, fumadores, obesos etc), entre otros, y en el Derecho la decisión que está a cargo del Juez y no del abogado litigante, constituyen factores que, como se puede comprobar fácilmente, no están dentro de la esfera de dominio de cada uno de estos profesionales.

Por esta razón, sería injusto exigir a un ser humano aquello que no se puede cumplir o que no depende de él; como dijimos al inicio, el galeno no es un salvador sino un profesional que presta sus servicios como cualquier otro. Ni siquiera en los EE.UU., que continuamente nos brindan innovaciones en muchos campos, existe la convicción de que el galeno se obliga a curar al paciente garantizándole un resultado certero.

A pesar de que en los EE.UU., los médicos cuentan con un sistema de seguros prácticamente obligatorio para ser utilizado en casos de "mal practice" y de que los abogados andan tras estos casos a día y noche, en el sistema anglosajón también habrá que

demostrar que existió mala práctica médica para poder hacer responsable al galeno. Como lo hemos indicado, habrá que demostrar si hubo mala intención, entiéndase el dolo, o si existió alguna omisión por parte del médico de aquella diligencia, esmero o cuidados requeridos para cumplir su obligación, denominada negligencia grave o culpa inexcusable. Para estos fines, existen varios elementos probatorios de los cuales el paciente o sus familiares pueden valerse, como pueden ser solicitar un informe al respectivo Colegio Médico, pedir que se preparen juntas médicas, valerse de testigos etc, que en sí mismos no implican de manera alguna que sean opiniones parcializadas.

Por estas razones, creemos muy acertada la decisión del legislador al haber incorporado en nuestro Código una norma como el artículo 1762º, por lo que estamos seguros de que la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, mantendrá este criterio y no modificará el mencionado artículo.



Alta Tecnología e Inversión Minera y Metalúrgica S.A.

**Al servicio de la minería en el Perú**

Av. Gral. Santa Cruz 481 - Jesús María - Lima 11

Teléfonos: 423-9048 431-1147 423-4936

Fax: 423-9048 431-6793