

***Pervivencia de la culpa en el ámbito
de la responsabilidad civil médica.
La fuerza de una tradición convertida en realidad****

Por Carlos I. Jaramillo J.

1. Criterios de atribución de responsabilidad, culpa y régimen de la carga de la prueba. Aproximación general

En obsequio de la concreción, que demanda este tipo de ensayos, más cuando el asunto de los criterios o factores de atribución es uno de los más analizados, hasta el punto de que ríos de tinta han corrido en la doctrina y en la jurisprudencia de todos los países y de que ha suscitado interesantes y aceradas polémicas, buena parte de ellas aún vigentes, debemos centrarnos en uno de los que ha despertado, *in globo*, mayor controversia, no sólo en la responsabilidad civil, en general, sino en la médica, en particular. Nos referimos, con una perspectiva subjetiva, al criterio o elemento culpa, que ocupará privativamente nuestra atención, de suerte que el análisis de los restantes elementos en esta ocasión no será materia de estudio, aunque revistan capital importancia, como realmente tiene lugar. Es lo que sucede con el daño, columna vertebral de toda responsabilidad, y con la relación o vínculo causal, sin los cuales, de ningún modo, puede aludirse a una obligación de carácter resarcitorio o indemnizatorio, hasta el punto de que son presupuestos genéticos –denominados hasta hace algún tiempo, en forma no muy afortunada, elementos axiológicos– y, por tanto, estructurales en el terreno obligacional¹.

* Extraído del artículo publicado en “Derecho Civil Argentino”, [www.facebook.com/groups/ De-r.Civ.Arg/](http://www.facebook.com/groups/De-r.Civ.Arg/). [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Sobre los presupuestos genéticos para comprometer la responsabilidad civil del médico, ha señalado la Corte Suprema de Justicia colombiana que “la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de ‘los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad’ (Cas. Civ., 12/7/94, exp. 3656)”. CSJ, Sala de Casación Civil, 15/1/08, exp. 11001-3103-037-2000-67300-01. Otro tanto había pregonado en sentencia del 30 de enero de 2001, conforme a la cual “para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)”.

En consonancia con lo afirmado en las sentencias que anteceden, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en Colombia ha reiterado, en múltiples ocasiones, la necesidad de la convergencia de estos requisitos para comprometer la responsabilidad civil de cualquier individuo; así, ha manifestado, *in complexu*, que, “para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea, se requiere la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste” (Cas. Civ., 10/6/63). De allí que, desde hace más de media centuria, ha sido enfática la Corte Suprema en cuanto a que, “según la doctrina que consagra el art. 2341... tanto el perjuicio, como la culpa y la causalidad, son elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya

En todo caso, en el campo de los criterios o factores de atribución de la responsabilidad civil y muy especialmente en la esfera de la carga de la prueba de uno de ellos (la culpa), en particular del denominado *onus probandi*, el que trasciende del plano estrictamente procesal, como quiera que igualmente permea al derecho sustancial y se anida, en forma especial, en el ámbito del *ius privatum*, sin perjuicio, como se observó, de otras disciplinas del *ius publicum*, se establece que en la órbita de la responsabilidad médica, más allá del conocido binomio obligacional: *obligaciones de medio y de resultado*, ambos temas no se comportan en las mismas o idénticas condiciones de como se proyectan en otros supuestos, ora en lo contractual, ora en lo extracontractual, sino que como bien lo reconoce un autorizado sector autoral dicha asimetría no se traduce, *per se*, en un inequívoco tratamiento de favor o privilegiado, esos que, con razón, deben ser combatidos en sede jurídica. Simplemente que en atención a las condiciones tan particulares en las que se desdobra la profesión médica, estrechamente sintonizada con la preservación de la vida humana, una de las más sublimes tareas terrenas, no resulta de recibo darle el mismo tratamiento que a otras profesiones u oficios, lo que explica y justifica un régimen diverso o especial, que no obsequioso, como se anticipó, pues no se trata de concesiones *ex gratia*, elitistas, de gremio o discriminadoras.

Al fin y al cabo, ni es ni puede equiparse a una típica actividad de riesgo, o peligrosa, precisamente por la teleología y el acendrado carácter bienhechor que, *ab initio*, escolta y sublima el acto médico, a lo que se agrega el apellidado “alea” médico o terapéutico, ínsito en el acto galénico, *rectius*. ¿Cuánta diferencia media entre la conducción de una locomotora, de un tractor, el empleo y disparo de armas de fuego y la utilización de centrales nucleares, sólo para citar algunos manidos ejemplos, y la nobilísima tarea llevada a cabo por un galeno? Sin duda, oceánica, enorme².

Y decimos que no se comportan simétricamente en el terreno específico de la culpa, habida cuenta de que, en algunos regímenes jurídicos, por ejemplo, se parte –o partía– del supuesto, a modo de regla, de que la culpa se presume en sede contractual, en cuyo caso le corresponderá al deudor, para exonerarse, acreditar que no es responsable³, lectura que, en tratándose de la responsabilidad médica, de origen

existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna... sin alguno de estos elementos, no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizar” (Cas. Civ., 26/4/47, “G. J.” LXII, p. 136).

² “En este contexto –conforme bien lo expresó la Corte Suprema de Justicia colombiana, evocando jurisprudencia previa– los especiales perfiles que presenta el ejercicio de la actividad médica y la marcada trascendencia social de esa práctica, justifican un especial tipo de responsabilidad profesional, pero sin extremismos y radicalismos que pueden tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así, quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor de las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico, sino para el paciente. Cierta tolerancia se impone, pues dice Savatier, sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada, pues el médico no debe perder de vista la gravedad moral de su actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de sus clientes dependen de él” (sent. 15/1/08, exp. 67300-01).

³ En el derecho español, a juicio de Francisco Jordano Fraga, “al acreedor incumbe dar la prueba de la infracción de la obligación por el deudor (materialidad del incumplimiento, prueba inicial del incumplimiento), en tanto que al deudor incumbe la prueba liberatoria. Si el deudor no cumplidor consigue dar esta prueba, excluye la responsabilidad... Si, por el contrario, no alcanza a darla, la prueba inicial del incumplimiento que incumbe al acreedor y que es presupuesto de toda cuestión de responsabilidad, se hace definitiva y la responsabilidad del deudor no cumplidor se afirma... Por eso

negocial, conduce a resultados divergentes, como quiera que, en línea de principio, acontece lo contrario: el acreedor debe acreditar que la prestación galénica ha sido objeto de inejecución, *lato sensu*, y que la *lex artis*, consecuentemente, se ha inobservado, lo que explica que no opere en esta disciplina la referida presunción, desde

la forma en que en el Código Civil se distribuye la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, hace que al acreedor, como regla general, baste la prueba inicial del incumplimiento, la de la insatisfacción de su derecho” (*La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 247).

En el derecho argentino, por ejemplo, “se afirma que la culpa se presume por el incumplimiento contractual y, por lo tanto, el acreedor debe probar la culpa del deudor. Demostrado el título de su crédito por parte del acreedor, incumbe al deudor la prueba del cumplimiento o la circunstancia impeditiva o extintiva de la obligación”, conforme lo pone de relieve Jorge Bustamante Alsina (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, p. 296).

En el derecho colombiano, algunos doctrinantes como el magistrado de la Corte Suprema de Justicia Jaime Arrubla Paucar señala que “la mayor diferencia que enmarca la doctrina en materia de responsabilidad tiene que ver con la carga de la prueba. Mientras en la responsabilidad contractual se presume la responsabilidad del deudor de la obligación y si éste quiere eximirse de responsabilidad deberá probar que su incumplimiento se debió a una fuerza mayor o aun caso fortuito, en la responsabilidad extracontractual, quien alega que otro ha actuado con dolo o culpa debe probarlo” (*Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual*, en “Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, Bogotá-Medellín, Pontificia Universidad Javeriana-Diké, 2009, p. 160 y 161).

Lo propio hacen Uribe Holguín y Suescún Melo, respectivamente, con fundamento en el art. 1604 del Cód. Civil. Es así como el primero indica que “de la inejecución o falta de pago hay que presumir la culpa del deudor, presunción que se destruye con la prueba del caso fortuito o fuerza mayor” (Uribe Holguín, Ricardo, *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, Temis, p. 153). Y el segundo observa que “nuestro régimen de responsabilidad contractual establece como principio general la presunción de culpa del deudor, con la cual se invierte la carga de la prueba de este elemento. Esta presunción de culpa por incumplimiento está consagrada por el penúltimo inciso del art. 1604 del Cód. Civil, que dispone que ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega’. Como se ve, la presunción no se establece de manera directa y literal, sino en forma indirecta” (Suescún Melo, Jorge *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneos*, t. I, Bogotá, Legis, 2003, p. 285).

En general, esta es la tendencia que, en la esfera contractual, con algunas puntuales excepciones, impera en el derecho colombiano y en el latinoamericano (Cortés, Edgar, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 184 y siguientes).

Igualmente Enrique Barros Bourie, con fundamento en el Código Civil chileno, igual al colombiano, gracias al laborio del recordado y genio americano, don Andrés Bello, “en principio, la diferencia entre responsabilidad contractual y la extracontractual se plantea con toda claridad en materia de la prueba de la culpa. En materia contractual, corresponde al acreedor la prueba de la existencia de la obligación, pero luego es el deudor quien tiene que probar el cumplimiento, o bien excusarse de la responsabilidad probando su diligencia o un caso fortuito. Por el contrario, en la medida [en] que la responsabilidad extracontractual no tiene por antecedente una obligación preexistente, corresponde al demandante probar cada uno de los supuestos de hecho que le dan lugar, incluida la culpa” (*Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 982).

No obstante, es de mencionar que las referidas visiones, por generales o absolutas, suelen ser matizadas o atenuadas por el caso individual, o por supuestos especiales, pues de tiempo atrás, como bien recuerdan Planiol y Ripert, “no es exacto que en todo caso el deudor contractual sea presumido culpable”, aserto que, circunscripto a la responsabilidad médica, en opinión de los mismos ilustres autores franceses, conduce a entender que a los médicos “no puede decirse que se les presuma culpables”, de suerte que “no es estrictamente exacto decir que la presunción de culpa es la regla general” (*Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, La Habana, Cultural, 1936, p. 528). Javier Tamayo Jaramillo, que tras realizar un detenido análisis del tema, concluye afirmando que en el derecho colombiano “la culpa contractual no siempre se presume, ya que en algunas oportunidades el acreedor está obligado a demostrar la culpa del deudor, si es que quiere comprometer la responsabilidad contractual de éste” (*Culpa contractual*, Bogotá, Temis, 1990, p. 204).

luego dejando a salvo, por una parte, la posición minoritaria que aboga por ella, pero más en un plano prospectivo (*de lege ferenda*), a manera de remedio potencial encaminado a conjurar algunas de las vicisitudes que se originan en el ríspido campo de la prueba de la culpa galénica; y por otra parte, la postura, aún más residual y extrema, que reclama una responsabilidad por entero objetiva.

Ambas tesis, como se tendrá oportunidad de corroborar, hoy son insulares, sobre todo en la jurisprudencia. Lo cual no significa que la regla en comentario, a cuyo tenor quien de ordinario debe probar es el paciente, no cuente con puntuales matizaciones y justicieras morigeraciones, dignas de subrayarse y aplicar, a fin de no generalizar y lo que es aún peor, no incurrir en manifiestas injusticias, tan comunes en el pasado, en numerosos ordenamientos, pero que, desventuradamente, forman parte del presente en otros. En estos se enseorea el criterio restrictivo en mención, hasta el punto de que de directriz, de regla u orientación básica, se transformó en norma absoluta, sacrificando la justicia material, menoscabando los derechos legítimos del paciente y desconociendo féreos valores y principios constitucionales que resultan faltos de todo contenido práctico y real cuando se impone, a ultranza, una carga probatoria pétrea, inflexible o estática, en franca contravía de la equidad y de la evolución del derecho, tanto en el campo sustancial, como en el probatorio.

He ahí, anticipadamente pincelada, la necesidad de obrar, *ex abundante cautela*, en esta materia, para nada exenta de dificultades, en guarda de no resquebrajar, *a priori*, los intereses de los pacientes, pero tampoco de los médicos, ya que tanto respeto merecen tanto los unos como los otros.

En este tratamiento diverso, pero justificado, lo señalamos sucintamente de nuevo, tiene un papel singular el conocido binomio: obligaciones de medio y obligaciones de resultado, muy especialmente en el ámbito médico, pues uno de los más caracterizados efectos de esta bipartición estriba, precisamente, en el alcance de la prueba del criterio o elemento subjetivo de la responsabilidad. De manera que con arreglo a la existencia de esta dupla, se ha justificado la inaplicación generalizada de una presunción de culpa médica, aun de cara a la extendida e *in crescendo* responsabilidad contractual⁴. En las primeras, *grosso modo*, se afirma será el acreedor, vale decir, el paciente, el llamado a acreditar la culpa galénica. Y en las segundas, en cambio, será el profesional de la medicina el que deberá asumir la prueba de su diligencia, o de la materialización de una causa extraña, según sea la postura finalmente adoptada. En este caso se aliviará sustancialmente la carga de la prueba en cabeza del acreedor-paciente, aun cuando cabe recordar que esta última tipología, tratándose del acto médico, es excepcional, a diferencia de lo que sucede en el régimen general obligacional, en el cual la floración de las obligaciones de resultado es la regla⁵.

Así las cosas, la jurisprudencia española de las últimas décadas, por lo demás en forma sostenida, entre otras como la argentina y la colombiana, ha venido mani-

⁴ Jaramillo, Carlos I., *Hacia la unicidad de la responsabilidad médica. Balance y fundamento de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual*, "Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil", n° 1, Lima, 2010.

⁵ Jaramillo, Carlos I., *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2002, p. 297 a 358.

festando que, en materia de atribución de la responsabilidad civil médica o de los criterios de “imputación” jurídica no puede recurrirse a la objetivación, en razón de que, en línea de principio, toda forma de responsabilidad objetiva en el terreno médico-sanitario está proscrita, siendo menester acreditar la culpa del profesional de la medicina, en la medida en que ella, *stricto sensu*, no se presume. Por eso no es dable colegir que resulta procedente, *per se*, la inversión *del onus probandi*, a diferencia de lo que ocurre de cara a otras hipótesis en las que ella se impone, como corolario de la conocida metamorfosis o transformación experimentada en la centuria pasada, aún perceptible en la presente, como bien se ha anotado: industrialización, maquinismo, floración de nuevos peligros, gestación de daños tecnológicos, globalización, etc., a lo que se agrega que el centro de gravedad del sistema, efectivamente, ya no reside en el agente del daño, sino en el damnificado o en la víctima, que se traduce en su novísima *ratio* (principio *pro damnato*). No en vano su epicentro hoy es diferente, en consonancia con lo que acontece en el campo asegurador, en especial tratándose del seguro de la responsabilidad civil, de tanto dinamismo y desarrollo en los lustros anteriores, sin perjuicio del que experimentará en los venideros, merced a su talante expansionista, también propio de la responsabilidad, en general⁶.

En tal virtud, a tono con estas coordenadas, el TS ha sentenciado que es correcto entender que “el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad se basará en una culpa incontestable, es decir patente” (sent. 10/12/96), parecer que coincidía con jurisprudencia anterior emergente del propio tribunal, a cuyo tenor, en lo pertinente, la “doctrina de esta sala es contraria a la objetividad de la responsabilidad de los profesionales médicos y a la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que deben probar la diligencia con que actuaron” (sent. 15/2/95), y también con otros fallos precedentes, uno de ellos de 7 de febrero de 1990, en el que *expressis verbis* se puntualizó que, respecto a “los profesionales sanitarios, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo, como omisión a la diligencia exigible en cada caso”⁷.

⁶ Acerca del señalado viraje, confirmatorio de la importancia que en la actualidad reviste la víctima, que se ha convertido “en el núcleo del sistema reinante, en el centro alrededor del cual gira una buena parte del derecho público y privado”, véase Jaramillo, Carlos I., *La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil*, “Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros AIDA-CILA”, Bogotá, Universidad Javeriana, n° 8, 1996, p. 120 y 121.

⁷ En sent. de 29 de mayo de 1998, que a su turno está conectada con las de fecha 10 de febrero de 1996 y 14 de noviembre de 1994, el tribunal supremo expresó que, la “obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado a proporcionarle al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, pero no a curarlo, descartándose la responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida en daños de otro origen y estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y el nexo causal”.

A su turno, en sent. de 31 de julio de 1996, de modo categórico, el tribunal supremo español ya había precisado que en esta disciplina “no es aplicable la doctrina jurisprudencial, de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo indicios muy cualificados por anormales, y los casos de la actuaciones que llevan aparejada una obligación de resultado (cirugía estética)”.

A su vez, en lo corrido de esta centuria, la jurisprudencia española se ha mantenido inalterada. Es así como en sentencia de 25 de junio de 2003, el tribunal supremo expresamente ratificó que “la obligación médica, según reiterada doctrina de esta sala, se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar sentencia de 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6084). Así mismo, que la obligación contractual o extracontractual del médico, es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso” [sentencias de 26/5/86 (RJ 1986, 2824), 12/6/88, 7/2/90 (RJ 1990, 668), 8/5/91 (RJ 1991, 3585), 20/2 (RJ 1992,1326) y 13/10/92 (RJ 1992, 7547), 15/11/93 (RJ 1993, 9096), 26/9/94 (RJ 1994, 7303), etcétera].

En el derecho argentino, en general, la jurisprudencia tampoco se ha separado de esta concepción, lo que justifica que, de tiempo atrás, se haya señalado que “discutida la responsabilidad médica, el error de diagnóstico y la ausencia de tratamiento adecuado, en tanto implica matices de una actividad científica solamente puede meritarse como existentes con la indurabilidad del convencimiento y con prueba fehaciente al respecto”. Y que a los efectos de determinar la responsabilidad médica no basta con la imputación genérica de errores, negligencia o impericia por parte de los profesionales encargados de la atención del paciente, sino que se requiere la descripción clara de cuáles fueron aquellas conductas generadoras del daño a ellas atribuido”⁸.

Así las cosas, no pudiendo –o mejor no debiendo– acudirse a criterios objetivos, sino por el contrario subjetivos, en la responsabilidad galénica, por una parte, es menester establecer fehacientemente, en cada caso concreto, el elemento culpa –o dolo, propiamente dicho–, o la falla del servicio en el campo de la responsabilidad

De igual modo, más recientemente, con ocasión de un pronunciamiento alusivo a la moderna y controversial teoría del daño o resultado desproporcionado, el tribunal supremo preconizó en fallo de 7 de mayo de 2007 que “la responsabilidad médica sólo puede apreciarse cuando existe culpa o negligencia por parte del facultativo, que se concreta paradigmáticamente en la infracción de la *lex artis ad hoc* [reglas del oficio adecuadas al caso]. No es aceptable la objetivación de la responsabilidad en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, como el que establece el art. 1902 del Cód. Civil, ni tan siquiera mediante la doctrina del resultado desproporcionado, que sólo es admisible como procedimiento racional encaminado por vía de inferencias lógicas a la demostración de la culpabilidad del autor del daño (SSTS, 30/1/04, 15/2/06, 26/7/06, 18/12/06 y 14/2/07, entre las más recientes)”. En ese mismo mes de mayo, el 30, el mismo tribunal supremo (RJ 2007, 4973), reiteró que “es unánime la jurisprudencia en el sentido de que la responsabilidad más o menos objetiva es descartable al exigirse el reproche culpabilístico”.

Como ya tuvo oportunidad de citarse, en reciente fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, su Sala Civil ratificó una sent. de 12 de julio de 1994 (exp. 3656), con sujeción a la cual “la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de ‘los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad’” (15/1/09, exp. 11001-3103-2000-67300-01).

⁸ C2ªCivCom Paraná, Sala 1, 16/8/89, y CNCiv, Sala F, 2/9/83, respectivamente.

del Estado, en algunas naciones. No resulta pertinente, por consiguiente, presumir *a priori* ningún actuar incorrecto o lesivo⁹; y, por otra, que se requiere que el interesado, específicamente el paciente, acredite o pruebe la culpa del médico (o la inadecuada prestación del servicio médico, en el campo de lo público), en atención a que sobre él recae dicha carga, por regla general desde luego con algunas excepciones que registraremos, a fin de no tornar inequitativa, *a fuer* que lesiva esta coordinada. No tantas, empero, como para desdibujar de plano esta directriz no es entonces admisible en esta materia aludir a la sonora expresión *polvos de culpa*, puesto que en sede de la responsabilidad médica, por lo menos en lo que atañe a la individual de los médicos, hay más que polvos, aunque se levanten algunas voces inconformes que, de *lege ferenda*, abogan por una inversión de la carga de la prueba¹⁰, como se

⁹ No se equivocó Pistolese, pues a nuestro juicio sigue teniendo razón, cuando hace varias décadas manifestó que “admitir una presunción de culpa en el campo de los errores profesionales médicos podría llevar a consecuencias desastrosas en cuanto a que, si de un lado se libera a la víctima de una difícil prueba, de otro se endosa al médico una prueba muchas veces imposible de destruir. Por mucho que valga un médico, no puede trabajar con la seguridad de una máquina y muchas veces aun estando seguro de haber actuado según los dictados de la ciencia, la naturaleza puede traicionar su esperanza sin su culpa” (*La prova civile per presunzioni e le così detta massime di esperienza*, Milán, 1935; Vásquez Ferreira, Roberto, *La culpa médica y su prueba*, p. 199 y 200). Otro tanto acontece con lo aseverado, incluso más recientemente, por el también doctrinante italiano, G. Ceccherini y por un sector de su doctrina, que en esencia entienden que “el reconocimiento indiscriminado de la presunción de culpa puede llegar a alterar el equilibrio que debe existir entre los derechos constitucionales como la salud y la defensa de quien ejerce una profesión rigurosa”, además que otros consideran, como lo expondremos sucintamente más adelante, que una presunción tal “puede llegar a acentuar el ya grave fenómeno de la medicina defensiva, el cual se traduce en daños para los mismos pacientes” (*Responsabilità per fatto degli ausiliari*, en “Il Codice Civile”, Milán, Giuffrè, 2003, y F. Introna, *Un paradosso. Con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, “Riv. It. med. Leg”, 2001; Fernández M., Mónica L., *La responsabilidad civil médica. Problemas actuales*, Bogotá, Ibáñez, 2008, p. 110).

Es de señalar, por su importancia, que la figura de la presunción de culpa, a veces, se confunde con otros fenómenos que, en puridad, no entrañan una prototípica presunción o inversión de la carga de la prueba, aunque favorezcan al paciente, flexibilizando o aliviando su tarea en la litis, según sea el caso. Al fin y al cabo, en estrictez, los mecanismos de atenuación del rigor probatorio de los elementos de la responsabilidad médica, en particular de la culpa y la relación causal, son variados, no siendo admisible su equiparación o asimilación, dada su estructura y configuración, más allá de que, al unísono, persigan análogo fin: dulcificar, atenuar, flexibilizar o morigerar el *onus probandi* en comento.

¹⁰ En esta específica dirección, en su oportunidad, se expresó Carlos Romeo Casabona, al indicar que “la alternativa que, globalmente, ofrece mejores perspectivas de satisfacción de los intereses de los clientes en general se sitúa en el ámbito de la inversión de la carga de la prueba, bien de la culpabilidad por el daños sufrido por el cliente, bien de la relación de causalidad entre el daño y el hecho. En es sentido ha sido apuntada la tesis de que el profesional sea en principio responsable de todo daño originado en la esfera sobre la que él ejerce control, a menos que se pruebe que el daño se ha debido a una causa que le es ajena o exterior” (*Responsabilidad penal y responsabilidad de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas*, en “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales”, p. 989). Por su parte, con antelación, el mismo profesor, consciente de que es “inapropiado trasladar al paciente todo el peso de la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica”, ya había abogado por la referida inversión, aclarando, con todo, que ello “no significa la absoluta aceptación de la responsabilidad sin culpa... sino que de lo que se trata –que es bastante menos– es de que la carga de la prueba se desplace precisamente a quien tiene mayor capacidad para evidenciar su diligencia en el desempeño de su actuación” (*Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*, en XII Coloquio de Derecho Europeo, Universidad de La Laguna, 1993, p. 120).

esbozó. E, incluso, por una cierta objetivación que respetuosamente no compartimos, ni que tampoco comparte, fundamentalmente, la *comunnis opinio*, dado que tan desequilibrado es partir de que el paciente siempre deberá acreditar la culpa galénica, sin miramientos de especie alguna, como injusto presumir, invariablemente, la culpa de los facultativos¹¹.

Por eso, lisa y llanamente, no podemos suscribir la tesis de la inversión, pues aun cuando *prima facie* parece solucionar la difícil posición en la que, a menudo, se suele encontrar el paciente-demandante, la inequidad se traslada de vecindario: al del médico, en contravía de acrisolados postulados de orden legal y constitucional, manera de ver las cosas que nos impide adherir a una corriente jurídica italiana recreada por Jordano Fraga, encaminada a darle pábulo a la citada inversión, con fundamento en la cual “el acreedor-paciente queda prácticamente relevado de su difícil carga probatoria que, sustancialmente, se revierte sobre el médico-demandado, y es así sobre este sobre el que se descarga el mayor esfuerzo probatorio. De este modo, por la vía de la alteración indirecta de la carga de la prueba se invierten las tornas: ahora lo difícil es exonerarse, antes lo difícil es responder”¹², dificultad igualmente inadmisibles, en sana lógica y en sede de equidad. Ni cargas irredimibles o de ímprobo cumplimiento para el paciente, ni tampoco para el médico¹³.

En línea similar, en nuestro entorno, Mario F. Parra Guzmán anota que “la perspectiva de la inversión de la carga de la prueba, es decir, que el demandado, en este caso, el médico tratante, realice el mayor esfuerzo de prueba, genera más beneficio para el esclarecimiento de los hechos” (*Carga de la prueba en la responsabilidad médica*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2004, p. 22, 25 y 26). Por eso, “la estructura de inversión de la carga de la prueba pretende, como queda esbozado, generar en el juez mayores criterios de realidad; es el *favor victimae* en relación con quien soporta el daño... La perspectiva de inversión idóneamente aplicada redundará en beneficio del proceso”. Sin embargo, con realismo y objetividad, también expresa que “la inversión de la carga de la prueba no implica solucionar el problema inicial”. De ahí que termine manifestando, folios después, que “la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de colaboración o de solidaridad en la obtención de la prueba permite una mecánica coherente de quien puede aportar la prueba o hacer el esfuerzo para obtenerla”. Comentarios que, años más tarde, con muy buen criterio y de manera reflexiva, le permitirían afirmar que “el contexto general de la carga de la prueba, regla acuñada para colaborar con la aportación de la prueba, cambió su forma inicial a la denominada inversión de carga de la prueba que descargó el enorme peso del demandante para trasladarlo al demandado, moviendo la injusticia de posición. Es por ello, por lo que el criterio dinámico prohija, no esquemas fijos, sino la preocupación de las partes por contribuir a la solicitud y aportación de las pruebas” (*Responsabilidad civil*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2010, p. 68).

¹¹ Bien anota Javier Fernández Costales que cargar siempre “al enfermo con la prueba de la falta de diligencia médica es, en la práctica, conseguir que le sea muy difícil alcanzar una sentencia condenatoria. También lo es que no sería justo presumir una culpa médica ante cada fracaso. Por ello ninguna de las dos soluciones es totalmente satisfactoria” (*Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, La Ley, 1984, p. 177).

¹² Jordano Fraga, Francisco, *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, 1985, p. 79.

¹³ Bien observan Juan Roca Juan y Joaquín Ataz López que “cierto que al enfermo se le impone una prueba difícil, sobre todo para quien no es un experto en medicina. Pero adoptar la solución contraria sería una clara injusticia y discriminación contra el médico” (*Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico. Los derechos del enfermo*, en “Primeras Jornadas Nacionales sobre los Derechos del Enfermo”, Murcia, Consejería de Sanidad y Consumo, 1987, p. 14).

2. La responsabilidad civil médica: una disciplina refractaria a la objetivación. El “reverdecimiento”, el “renacimiento”, la reconquista o simplemente la pervivencia de la culpa

a) Lectura con la perspectiva de la responsabilidad civil médica en particular. La pervivencia de la culpa en la actividad médica

Como *ab initio* tuvimos oportunidad de acotar sumariamente, en la responsabilidad civil médica, de antiguo, se insufla un principio cardinal, amén de rector: el de la subjetividad, también conocido como culpabilístico, habida cuenta de que, se itera, la responsabilidad del profesional de la medicina sólo surgirá si se logra acreditar, cabalmente, que ha mediado culpa o negligencia en su actuación, réglalo cual significa que en la disciplina de la responsabilidad galénica no se ha abierto paso, como sí en otras disciplinas del denominado derecho de daños, la objetivación o a la *responsabilidad sin culpa*, señalada por algunos como prototípica tendencia –más o menos– generalizada en el siglo XXI, el siglo de las víctimas, aun cuando con mesura.

Esa es, conforme se dijo, la opinión generalizada de la doctrina autoral, según sucintamente lo revela con tino Santos Briz, en cuya opinión “la responsabilidad del médico... es de naturaleza subjetiva, no objetiva... No es posible exigir a los sanitarios responsabilidad meramente objetiva”¹⁴. Esta posición es refrendada, sin reserva, también por el estudioso doctrinante argentino López Mesa, a cuyo tenor “la culpa sigue siendo el factor de atribución fundamental de la responsabilidad en materia de responsabilidad de los profesionales, siendo insustituible en este rol”¹⁵, opinión también compartida, entre muchos más, por De Ángel Yágüez¹⁶, que son refractarios, en

¹⁴ Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil*, t. II, Madrid, Montecorvo, 1993, p. 896 y 900. Igual opinión expresó en *Responsabilidad civil de los médicos en el derecho español*, “Revista de Derecho Privado”, Madrid, p. 669, en el que precisó que en este ámbito particular, “el sistema español sigue el criterio a este respecto de aplicar una responsabilidad subjetiva, basada en la acción u omisión culposa del agente”.

¹⁵ López Mesa, Marcelo J., *El reverdecimiento de la culpa como elemento de la responsabilidad civil*, en “Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

¹⁶ De Ángel Yágüez, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1996, p. 36 y siguientes.

En orientación análoga, Clara I. Asúa González expresa que “en la responsabilidad médica ha estado presente como en ningún otro ámbito, incluidas otras responsabilidades profesionales, la exigencia de la culpa de cara a la atribución o imputación de responsabilidad”, lo que justifica que en esta materia, “ideas extendidas son la de la no inversión de la carga de la prueba de la culpa y la de que la prueba de la misma queda a cargo de reclamante” [*Responsabilidad civil médica*, en Reglero Campo, Fernando (coord.), “Tratado de responsabilidad civil”, t. II, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2002, p. 980 y 985]. Luis Martínez Calcerrada observa que “no es posible exigir a los sanitarios responsabilidad meramente objetiva” (*El médico en el derecho civil*, en “Derecho médico”, vol I, Madrid, Tecnos, 1986, p. 175). También José Luis Concepción Rodríguez, que pone de presente, con énfasis justificado, que constituye “la eventual aplicación del criterio de responsabilidad objetiva, un atentado a los más elementales principios de equidad” (*Derecho de daños*, Madrid, 1997, p. 226), y Javier Larrena Beldarraín, profesor que, con hincapié, registra que en “lo referente a la culpa del médico... puede afirmarse sin ambages a este respecto que... no tiene cabida una responsabilidad de carácter objetivo en el ámbito sanitario” (*La carga de la prueba en el proceso civil por responsabilidad médica*, en “Los avances del derecho ante los avances de la medicina”, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 213).

sede médica, a una responsabilidad objetiva, como en general, se itera, lo es la dogmática y la jurisprudencia contemporáneas.

Y es que ciertamente abundan las razones para que esta particular modalidad de responsabilidad, a la par que la responsabilidad civil en general, conserve incólume, en gran parte, su raigambre *culpabilística* o subjetiva, habida cuenta de que si bien es cierto que la objetivación ha adquirido cabida de cara a precisas responsabilidades y actuaciones, sobre todo en sede de la sociedad industrializada y empresarial modernas¹⁷, no puede negarse que se desconozcan otra serie de principios car-

También puede tenerse en cuenta lo afirmado por Pedro A. Munar Bernat, al momento de analizar de lo que denomina “caracterización subjetiva de la responsabilidad del personal sanitario”, pues reconoce que la “exigencia de la culpa o negligencia sigue apareciendo como *conditio sine que non...* Esa culpa o negligencia se traduce en la infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el médico o cirujano, la conocida *lex artis ad hoc*” [*Daños causados por actos médicos*, en Llamas Pombo, Eugenio (dir.), “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, Madrid, La Ley, 2006, p. 457], y lo dicho por María Dolores Casas Planes, en el sentido de que, por razones “de justicia” “de modo incuestionable para la responsabilidad civil médico-sanitaria, el criterio de imputación es la culpa o negligencia. De modo que... para que el diagnóstico erróneo o tardío o el tratamiento inadecuado sea imputable al médico, ha de ser culpable o negligente... es doctrina constante que los mecanismos objetivadores de la culpa, la presunción de culpa y agravación, no son predicables de la responsabilidad civil médica” [Llamas Pombo (dir.), *Estudios de jurisprudencia sobre daños*, p. 122 y 123].

¹⁷ Al respecto, en reciente providencia de la Corte Suprema de Justicia (consideraciones al “cargo segundo”), se puntualizó que “en rigor en la sociedad actual es incontestable la inadecuación del criterio de la culpa para todas las hipótesis y la injusticia a que se conduciría su aplicación rígida en numerosos casos de responsabilidad, como manifestación de espíritu de solidaridad humana y social, coexistiendo una pluralidad de criterios de imputación... Como se dijo, las grandes transformaciones de la revolución industrial, el maquinismo, los medios de transporte, el desarrollo científico y tecnológico, el tráfico jurídico en masa, la elaboración de productos defectuosos, la Internet, la informática, la actividad profesional, la biotecnología, el uso de la energía nuclear, el aprovechamiento de los recursos del medio ambiente, las relaciones de consumo y de los consumidores, entre otros aspectos del mundo actual, acendrarón los riesgos y daños en la vida de relación, trayendo consigo la disfunción de las reglas tradicionales de la responsabilidad civil y tornado necesaria su adaptación. El esquema clásico de la responsabilidad subjetiva basada en la culpa... devino insuficiente para el tratamiento de los daños del progreso industrial... a punto que para alguna corriente los sistemas de ‘responsabilidad subjetiva’, en la sociedad actual, contemplan numerosas y crecientes excepciones por la proliferación de las actividades potencialmente dañosas” (sent. 24/8/09, exp.11001-3103).

Este fenómeno de modernización de la responsabilidad civil a la luz de las nuevas necesidades sociales y del tráfico jurídico a las que se debe responder hoy, es también descripto, *in extenso*, por Jaime Santos Briz, en cuya opinión “la producción de bienes en nuestros días ampliamente mecanizada y en gran parte automatizada, ha llevado a la inutilidad práctica del concepto de acción. El acto humano provoca el movimiento de las máquinas, de manera que puede ocurrir que el trabajador encargado de la tabla de mandos, el que maneja la máquina, ya estática o ya dinámica, no conozca exactamente las consecuencias de su acción, ni a veces siquiera a grandes rasgos el mecanismo por el dominado. Así, un fallo de las máquinas apenas podrá considerarse acción humana. También el requisito de la culpa no sólo ha sido modificado, sino en ciertos supuestos incluso eliminado de la responsabilidad civil. Ya se colige este resultado al haber sido desvirtuado el concepto de acción, al perder gran medida el matiz individualista que le caracteriza. Ello no quiere decir que en los casos en que se demuestre una conducta culposa no exista responsabilidad. Únicamente se indica que la responsabilidad civil no exige ya en todo caso una actuación previa culposa, sino que a veces ha sido sustituida por la denominada responsabilidad por riesgo, y para ciertos sectores, por ejemplo, en el derecho de la energía atómica o en el de la navegación aérea, ha sido en algunos casos sustituida por la responsabilidad objetiva. Así lo exigen en la actualidad la protección de la confianza, la justicia distributiva, la idea de riesgo y otras semejantes de matiz social... La responsabilidad individual sigue siendo predominantemente culposa en las legislaciones más importantes; ha sido a través de la responsabilidad por actos ajenos, señalando que no se trata de responsabilidad por culpa ajena, sino por la propia culpa, como se ha llegado a la responsabilidad por riesgo. Del principio jurídico de que quien

dinales que, como la imputación por culpa, se insuflan en la ciencia jurídica en general, no de ahora, sino de vieja data, en ineluctable, a fuer de imperativo, desarrollo de valores superiores como la justicia y la equidad. Por eso no resultaría acorde con tan férreos valores que se obligara a un sujeto cualquiera, particularmente a un médico, a responder por cualquier clase de daño, o a indemnizar sin otra consideración diversa de la del advenimiento material del daño, sea cual fuere la fuente de este, incluso si no se hubiese originado en una actuación negligente de su parte¹⁸.

Lo anterior, no solamente porque el galeno no puede transformarse en una especie de “mártir perpetuo”, como lo ha expresado gráficamente un sector autoral, sino además porque la naturaleza misma de su profesión, altruista, solidaria y humanista por excelencia, no permite, en ninguna circunstancia o consideración, que se le asimile, *per se*, a un industrial, por próspero que sea, o a un prestador de servicios cualquiera, como se esbozó. Justamente por ello, y por otros razonamientos más, la jurisprudencia colombiana, en buena hora, ha revaluado la tesis según la cual la actividad médica constituía una típica actividad peligrosa y, en consecuencia, obraba una presunción de culpa sobre el galeno. Nada más alejado de la realidad, y de la juridicidad, lo que originó, felizmente, el anunciado viraje de la jurisprudencia, de acentuada raigambre doctrinal, no sólo en el derecho nacional, sino en el internacional.

Así, ha indicado nuestra jurisprudencia, que “con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del art. 2341 del Cód. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (*medical malpractice*, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del art. 2356 del Cód. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas. Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el art. 95 de la Constitución, sino particularmente, por las ‘implicacio-

coloca a otro en su lugar y le hace actuar en beneficio de sus intereses, ha de responder frente a terceros por los daños originados en un defecto o fallo de estas personas con motivo de desarrollar la actividad que el principal les transmitió, se deduce que lo mismo responderá cuando el daño derive de sus propias cosas o de instalaciones industriales o de otra clase. Todo ello da a entender que en el fondo de la responsabilidad por el riesgo hay un principio de actuación culposa, ya subjetiva, ya meramente social” (*La responsabilidad civil. Derecho sustancial y derecho procesal*, p. 10 a 11 y 13; cfr. Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, p. 159).

¹⁸ La jurisprudencia española ha dicho sobre este particular, con suma precisión, que “la responsabilidad no puede ser calificada por el resultado, sino por la concurrencia de los elementos sobre culpabilidad y relación de causalidad, que configuran la responsabilidad por culpa extracontractual” (TS español, 30/11/09).

nes humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el art. 1º, § 1º de la ley 23 de 1981”¹⁹.

Eso es precisamente, en abono a lo afirmado, lo que se deduce de una cabal lectura de la ley 23 de 1981 (Colombia), por la cual se dictan normas en materia de ética médica, a cuyo tenor literal se manifiesta, con potísima razón, que “la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual”, de lo que se desprende, a las claras, la precitada naturaleza humanitaria y ese *ethos* social que, *ab antique*, caracteriza en forma especial a esta noble profesión y que establece una inexorable diferencia entre quienes se dedican a ella y quienes prestan otra clase de servicios que, aun cuando también relevantes para la subsistencia y la evolución humanas, tienen un propósito menos humanístico, cabalmente entendido²⁰, y un tanto más lucrativo, sin que por ello sean deleznable; simplemente son diferentes, con lo que ello acarrea. Con esta perspectiva, cómo olvidar, por ejemplo, que al *ars medicus*, *mutatis mutandis*, se le reconocía una especie de naturaleza sacral y, al médico, por su parte, como “sacerdote”, no curaba almas, pero sí salvaba vidas. Podría decirse que los sacerdotes, en tal virtud, se encargaban de la *cura personalis*, al paso que los médicos, de la *cura corpus*.

Tal afirmación es refrendada por otros acápites de la ley, en los que se señala que “la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico, el cual impone la más estricta reserva profesional”, a lo que agrega que “el médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal”; en la práctica es tal la penetrante dimensión social y técnica que la ley les reconoce a los galenos, que incluso los llega a designar como guardianes de ella misma, al disponer que, *in casu*, el médico es un “auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, ora como funcionario público, ora como perito expresamente designado para ello. En una u otra condición, el médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y sólo la verdad”.

Todos los señalados son deberes y principios que, además de éticos, tienen también inexorable resonancia jurídica, como bien ha reconocido la jurisprudencia patria, los que se traducen en una carta de navegación conductual que, en el referido plano subjetivo, deben ser auscultados, a fin de determinar si, en efecto, medió o no diligencia médica, a cuyo juicio “el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza, muy particularmente de raigambre ética –no por ello desprovistos de eficacia jurídica–, los cuales podrán servir de parámetro para evaluar, en un momento determinado, el

¹⁹ CSJ Colombia, Sala de Casación Civil, 30/1/01, exp. 5507.

²⁰ De acuerdo con la ley patria 23 de 1981, “la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por... el perfeccionamiento de la especie humana... El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene aplicaciones humanísticas que le son inherentes”.

grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno en el cumplimiento de su oficio. Es por ello por lo que, se ha entendido que las normas que disciplinan la ética médica, se traducen en componente de su *lex artis*, con todo lo que ello supone, especialmente en la esfera de su responsabilidad, como tal, susceptible de ser valorada o, si se prefiere, juzgada, por los órganos y autoridades competentes para ello”²¹.

Y es que el propio juramento médico, adoptado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, transcrito con algunas puntuales modificaciones en la mencionada ley 23 de 1981 y cuyo origen, se dice, se halla en el juramento redactado, *ab initio*, por Hipócrates en el siglo V a.C., y perfeccionado por Galeno en el siglo II a.C, refleja en forma paladina el *ethos* que subyace en el ejercicio de la medicina, habida cuenta de que con él, el galeno promete solemnemente “consagrar mi vida al servicio de la humanidad... Ejercer mi profesión dignamente y a conciencia; velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente... Hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rangos sociales, evitando que estas se interponga entre mis servicios profesionales y mi paciente; velar con sumo interés y respeto por la vida humana, desde el momento de la concepción y, aun bajo amenaza, no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas”.

Así las cosas, una profesión en cuya médula se amueble una *ratio* humanística, amén que un penetrante *ethos* social, entendemos que no puede ser sometida al rigor, puro y simple, de un régimen de responsabilidad objetivo, o aun “subjetivo virtualmente” –o de “culpa objetiva”– expresiones de suyo confusas y equívocas, en el que la culpa *ex ante* se presume, habida cuenta de que, se itera, ello implicaría hacer más gravosa la situación del médico, sin verdadera y razonada justificación, aunque se beneficiara al paciente. Pero este criterio del beneficio individual, *per se*, no puede ser el único atendible en la esfera del derecho, pues razonando de este modo, toda responsabilidad sería objetiva, o toda interpretación contractual, indefectible e invariablemente, por vía de comparación, debería efectuarse en función del consumidor, sin otros miramientos. Y sabido es que ello no es, ni puede ser así, porque la justicia es bifronte, y también es sinónimo de equilibrio, lo que no se opone a que, de cara a específicos supuestos, imperen reglas como las conocidas con las expresiones: *intepretatio pro victamae*, *favor debilis*, *favor probationem*, *pro damna-to*, *pro consumatore*, etcétera.

El régimen de responsabilidad por culpa probada aplicable a la actividad galénica no es, pues, producto de una discriminación respecto a las demás profesiones, o el corolario de una concepción elitista, o privilegiada, como se dijo; todo lo contrario: es una lógica y fundamentada consecuencia de la etiología, teleología, arquitectura y rasgos particulares que sustentan y orientan esta ciencia, de suyo especial. No se puede desconocer, a la que tanto deben y debemos las anteriores generaciones, las presentes y las entrantes, todo en asocio del apellidado “aleas terapéutico”, ínsito en ella, e indicativo de que todo en el acto médico no se puede confiar a la diligencia galénica.

Cuán equivocados entonces están quienes, desorbitadamente, pregonan que la responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa forma parte del ayer y que, por

²¹ CSJ Colombia, Sala de Casación Civil, 31/3/03, exp. 7141, M. P. Carlos I. Jaramillo J.

ende, es conveniente situarla en un museo como reliquia jurídico-histórica, la cual yace momificada. La culpa, por consiguiente, forma parte del tejido vital del derecho contemporáneo y no de la arqueología jurídica, como si quienes la estudiaran no fueran abogados, jueces y profesores, sino historiadores, *rectius*, arqueólogos, según bien lo memoraba un doctrinante.

Es así como no está ni cadavérica, ni agónica; de manera que ilusoria es la pretensión de extenderle una partida de defunción. Ella no sólo está vigente, conforme se acotó, sino que está reverdecida, *a fuer* que renovada, y hasta tonificada. Bienvenida, pues, la reconquista de la culpa, naturalmente sin fanatismos ni revanchismos, pues igualmente es erróneo estimar que la objetivación desapareció de plano, como quiera que, en su justo medio, hay espacio para una y otra concepción, las que necesariamente deben convivir en el siglo XXI, ojalá que en armonía, puesto que en el derecho todo no se puede extremar: o blanco y negro, o culpabilistas y objetivistas.

Sin perjuicio de lo anotado, también podría decirse, desde otro ángulo conceptual, que más que reconquista, reverdecimiento o renacimiento, *stricto sensu*, debe hablarse más propiamente es de pervivencia de la culpa, pues nunca ha dejado de ser importante, o de exigirse, aunque sea con excepciones. Cosa diversa es la exclusividad y que incluso esté ampliando su espectro (efecto pendular).

En este sentido, López Mesa no se equivoca al aseverar que constituye “una grave contradicción conceptual, si no una paradoja, que quienes se dicen progresistas en cuanto a los derechos de las personas, pretendan que a las víctimas se las libere de culpas suyas evidentes, que ha tenido alta incidencia causal en la producción de los daños que ellas sufrieron. La pretensión de que a la víctima se le indemnice todo el daño, pese a la incidencia causal adecuada de su propia culpa, implica no otra cosa que una pretensión benéfica o una ayuda graciosa con dinero ajeno”²², a la par que una interpretación obsequiosa y, en consecuencia, reprochable e inadmisibles a la luz del ordenamiento jurídico contemporáneo, que se dice a sí mismo abanderado de la justicia y la equidad, valores que, como la buena fe, *mutatis mutandis*, son de doble vía, por manera que no pueden sólo predicarse respecto de una de las partes de una relación jurídica, dejando en ostensible situación de debilidad y desprotección a la otra, igualmente merecedora de tutela y justicia, desde luego sin exageraciones, a veces tan comunes”²³.

En consecuencia, la prevalencia o, si se prefiere, la trascendencia de la culpa, especialmente en el terreno de la responsabilidad civil médica, contribuye también a evitar la distorsión de este importante instituto, en una industria o comercialización

²² López Mesa, *El reverdecimiento de la culpa como elemento de la responsabilidad civil*, p. 7.

²³ Bien ha expresado Luis Moisset de Espanés, que una cosa es la caridad y la seguridad social, y otra la reparación del daño en el marco de la responsabilidad civil, en el que obviamente tiene cabida la equidad, al igual que principios como los ya referidos: *pro damnato, favor victimae*, etc., los cuales conocen límites, pues no son ni absolutos, ni irrestrictos. En este sentido, señaló el maestro cordobés que “no dudo de que todo accidente es un hecho lamentable; que es deber de todos y cada uno de los miembros de la sociedad ayudar a las víctimas que se encuentran desamparadas, aunque ellas no sean culpables del daño que sufren, pero se trata de simples deberes de ‘caridad’, que no pueden ser exigidos civilmente y no tienen por deudor a un sujeto determinado, sino a todos los integrantes del grupo social” (*Indemnización de equidad o caridad*, “Comercio y Justicia”, n° 13.443, 20/4/78, p. 2).

pura (industria del pleito), o como lo llaman otros: en una *lotería indemnizatoria* que, más allá del equitativo principio de la reparación integral del daño, obedezca a la malhadada, torticera y privativa intención de obtener un lucro injustificado, a costa del patrimonio de un profesional²⁴, que llegaría al estrado, no en pocas ocasiones, en evidentes condiciones de inferioridad, casi condenado, lo cual no puede encontrar abrigo o justificación en el ciego y desmedido deseo de favorecer a la víctima, pues el derecho, antes que abusividad y discriminación, es equilibrio. Una cosa es la vigencia de granados principios tales como el *favor victimae*, el *pro dammato*, o el *favor probationem*, de tanto arraigo en la actualidad, y otra cosa muy diversa, el arrasamiento inconsulto de todos los límites, en crasa arbitrariedad y desequilibrio²⁵. Por esta peligrosa vía, habría que considerar que, por contraste, la víctima ya no sería el afectado con el daño, sino precisamente su aparente o virtual causante, en una clara y paradójica inversión: de supuesto victimario a víctima.

Pero, desde un punto de vista estrictamente teleológico, la objetivación de la responsabilidad médica, al implicar inequívocamente, y sin mayor miramiento o reflexión, la indemnización por todo daño causado con ocasión del ejercicio de la profesión médica, sin valorar el grado de culpa galénica, constituiría, en sana lógica, un factor disuasivo frente a esta actividad profesional, habida cuenta de que, *recta via*, ocasionaría en el facultativo un justo y humano temor de verse expuesto a la materialización de uno de aquellos tantos riesgos fortuitos que, naturalmente, son inherentes al área de la salud, *in concreto*, al acto médico.

En otros términos: el médico estaría situado frente a un panorama poco halagador: por una parte, sería consciente de los innumerables riesgos fortuitos que campean en el ejercicio de su ciencia, y por otra, sabría que de concretarse alguno de tales riesgos en el caso específico cuya sanación procura, estaría obligado a responder patrimonialmente por los daños derivados de él, aun cuando su diligencia haya sido máxima y el resultado galénico producto del aleas o contingencia, ínsitas en el acto médico, bien comprendido: ello, sin duda, lo dejaría sin alternativas y prácticamente inerme, siendo entonces la única o más sensata solución radical, con

²⁴ Sobre este particular afirmamos, en ocasión anterior, que “en el tráfico contemporáneo buena parte de la temática que la cobija atañe a la responsabilidad, ora en la vertiente contractual, ora en la extracontractual. Ello explica, además, que un considerable número de asuntos que arriban a la judicatura, conciernen a ella, lo que evidencia su dinámica y marcada penetración. Tanta que, en veces, se torna incluso preocupante, sobre todo en algunas naciones en donde por su expansión, mejor aún explosión litigiosa y, por contera, judicial, se suele aludir a la ‘industria del pleito’, fenomenología de suyo inquietante, como se anunció, máxime cuando está muy relacionada no sólo con su ensanchamiento societario y con la profusión de riesgos de la llamada ‘posmodernidad’, sino también con la actitud asumida por algunos profesionales del derecho, que antes de propender por la búsqueda equilibrada y ética de soluciones jurídicas, se lanzan raudamente, no siempre con fundamento y con sólidos argumentos, al torrente judicial, con todas las secuelas que de ello entrañan, muy especialmente para aquellos que, por el contrario, al margen de la especulación y asistidos por la *bona fides* y por la responsabilidad, si les asiste la razón, y requieren contar con procedimientos ágiles y fiables” (Jaramillo J., Carlos I., *Introducción*, en “Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, Bogotá-Medellín, Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 16).

²⁵ Por eso hemos dicho que “nos referimos, en una concepción bifronte, a que su noble labor [la del juez] se enmarque en el equilibrio, y no en el desequilibrio, a pretexto de la desenfrenada protección de unos, en desmedro de otros, olvidando que no es un prototípico redentor o mesías, sino un juzgador, con todo lo que ello responsablemente entraña. Por ello es por lo que el apellidado ‘juez descontrolado’ es un actor que antes que equilibrar, desajusta y erosiona la actividad judicial, y de paso, contribuye a la desestabilización jurídica e institucional” (Jaramillo J., *Introducción*, p. 18).

una perspectiva patrimonial, abandonar su ejercicio profesional, para evitar someterse a la potencialidad de ser responsable patrimonialmente. Eso no sólo convertiría al derecho –mejor, al mal uso del derecho– en responsable de la deconstrucción de una ciencia milenaria y esencial para el desarrollo humano, como es la medicina, sino que además le generaría un costo social –amén que biológico, psicológico e incluso moral– infinito a la humanidad, a todas luces contrario a la teleología *pro-homine* que informa a la ciencia jurídica.

Otra opción, igualmente inconveniente, sería darle pábulo a la llamada “medicina defensiva”, es decir, el ejercicio médico realizado con tal prevención y reserva que, a la postre, el galeno dejaría de cumplir con su importante misión por el temor de verse envuelto en acciones judiciales ruinosas, con claro menoscabo de los intereses de los pacientes que, por este camino, no recibirían la debida atención galénica: por de pronto, *mutatis mutandis*, acetaminofén y nada más.

Justamente por eso, en el campo de la medicina, la doctrina y la jurisprudencia, enfáticamente, rechazan la objetivación de la responsabilidad galénica, a la que entonces nos remitimos. Baste solamente recordar con Llamas Pombo que la tendencia en la materia, a manera de estado de la cuestión, es la del “rechazo radical de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad médica”²⁶, por una parte, y por la otra, como lo testimonia De Ángel Yágües, en reciente estudio, “en el ámbito de la responsabilidad del médico (distinto suele ser el caso de la de un centro sanitario privado) no es de aplicación el criterio jurisprudencial –vigente en otros ámbitos– de presunción de culpa, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba”²⁷, criterio

²⁶ Llamas Pombo, *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, p. 303.

²⁷ De Ángel Yágües, Ricardo, *El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria*, en Adroher Biosca, S. - De Montalvo Jääskeläinen, F. (dirs.), “Los avances del derecho, ante los avances de la medicina”, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 185 a 211. Cfr. Rodríguez López, Pedro, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 61.

Sobre este mismo particular, Domingo Bello Janeiro aboga, categóricamente, por “la pervivencia del requisito de la culpa”, pues no lo convence la idea de la responsabilidad objetiva, en concreto, “en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales en general, y en particular de los médicos, materia sobre la que hay abundante jurisprudencia y que no presenta grandes diferencias respecto de países de nuestro entorno, pues todavía se mantiene la culpa como título de imputación de daños” (*La responsabilidad civil del médico y la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario en el derecho español*, en “Tratado de la responsabilidad médica”, Bs. As., Legis, 2007, p. 612 y 613).

Lo mismo, con su perspectiva, estima José M. Fernández del Hierro, al indicar, sin ambages que “en materia de responsabilidad civil médica ni la doctrina ni la jurisprudencia comparada han sido nunca favorables a la estimación del criterio de responsabilidad objetiva; basándose para rechazarla en evidentes razones de equidad que saltan a vista... En definitiva el principio de de responsabilidad objetiva nunca puede ser aplicado dentro del ámbito de la medicina” (*Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 2000, p. 102 y 103).

Esta es, se subraya, la tesis imperante en el derecho colombiano, desde luego con algunas disidencias aisladas. Así, por ejemplo, el estudioso Javier Tamayo Jaramillo anota que “la culpa médica por defectuosa prestación del servicio no se presume”, motivo por el cual, agrega, que “en el derecho comparado, anónimamente se acepta que la responsabilidad del médico por defectuosa prestación del servicio sólo se compromete si el demandante prueba la culpa del galeno” (*De la responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Temis, 1999, p. 448), parecer que, años atrás, había expresado con toda claridad, al escribir que “en el derecho comparado, unánimemente se acepta que la responsabilidad del médico, por defectuosa prestación del servicio sólo se compromete cuando el demandante prueba la culpa del galeno”, criterio que, correlativamente, le permitió aseverar con rotundidad, que “el problema de la objetivación de la responsabilidad o el de la presunción de la culpa no es posible mientras no haya

compartido también por otros autores, a cuyo juicio “la inversión de la carga de la prueba para ingresar en el terreno de la no culpa, la objetivización de la responsabi-

una solución de tipo financiero” (*Sobre la prueba de la culpa médica*, Medellín, Díké, 1995, p. 38 y 261). Otro tanto señala José F. Ramírez G., al precisar, en lo pertinente, que “por vía de principio general, el régimen probatorio es el de la responsabilidad subjetiva o culpa probada” (*Responsabilidad civil médica*, en “Responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil”, Bogotá, Acoldece, Memorias, 2005, p. 94).

Y también lo es en Italia, entre otras naciones, v.gr., Francia. Así lo evidencia Mónica L. Fernández, cuando señala que “Italia tampoco es ajena a la dificultad en la prueba de la culpa del paciente. No obstante la creciente complejidad del acto médico que viene acompañado de un correlativo aumento del riesgo, la culpa sigue constituyendo el fundamento de la responsabilidad, bajo la idea tradicional que un régimen así concebido puede ejercitar con respecto al profesional médico, una útil función preventiva” (*La responsabilidad médica. Problemas actuales*, p. 388 y 389).

E igualmente en Francia, sobre todo a partir del Código de la Sanidad, reformado a comienzos de este siglo (art. L 1142-1), tal como lo confirma Annick Dorsner-Dolivet en *La culpa, condición necesaria de la responsabilidad del médico*, y de denominar el numeral que comentamos como: “la reafirmación del primado de la culpa”, al decir que en el derecho francés “el legislador tuvo la intención de subordinar, por principio, la responsabilidad del médico a la existencia de una culpa, con el fin de evitar toda desviación de la responsabilidad médica” (*La responsabilité du médecin*, París, Economica, 2006, p. 28). Con todo, previamente a la referida legislación de 2002, la doctrina ya se mostraba partidaria de la exigencia de la culpa y de su prueba de parte del paciente, naturalmente con matices en este último supuesto (culpa virtual). Vid. Penneau, Jean, *La responsabilité médicale*, París, Sirey, 1977, p. 133 y siguientes.

Lo propio hace Philippe Le Tourneau, con fundamento en la moderna legislación gala de 2002. Indica que en la responsabilidad médica hay “necesidad de una culpa probada, de un nexo de causalidad y de un perjuicio”, lo que explica, tratándose del primero de los descriptos elementos, que se deba “probar la culpa del facultativo”. Al fin y al cabo, sigue anotando tan reputado autor francés, “la culpa debe ser realmente comprobada por los jueces de fondo que condenan a un médico” (*La responsabilidad médica en el derecho francés actual*, en “Tratado de responsabilidad médica”, Bs. As., Legis, 2007, p. 416 y 417. Cfr. Mazeaud, Denis, *Le droit français contemporain de l'indemnisation des dommages médicaux*, en “Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos. Homenaje al profesor Fernando Hinestrosa”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 364, 366 y ss.), afirma que la nueva ley de 2002 “reposa, en primer lugar, sobre la idea de responsabilidad”. Y en segundo lugar, “reafirma el vínculo que la Corte de Casación había ya señalado entre responsabilidad y culpabilidad. En efecto, la materia es dominada por la responsabilidad subjetiva, o dicho de otro modo por una responsabilidad por culpa”.

Por su importancia, en aras de reiterar la exigencia que la nueva ley francesa, inicialmente, hace en torno a la culpa médica, a continuación transcribimos el contenido del art. L.1142, I, a cuyo tenor: “Fuera de las hipótesis donde se incurre en responsabilidad en razón de un defecto de un producto de salud, los profesionales de la salud... así como todo establecimiento, servicio u organismo dentro de los cuales son realizados actos individuales de prevención, de diagnóstico o de cuidados, no son responsables de las consecuencias dañosas de actos de prevención, de diagnóstico o de cuidados más que en caso de culpa”. Por ello, al amparo de este moderno texto, expresa Francis Donnat, consejero de Estado francés, que “la ley prevé que la responsabilidad de los profesionales y los establecimientos sanitarios sólo puede surgir si existe culpa, salvo... especialmente en el supuesto de daños causados por productos sanitarios defectuosos o por infecciones nosocomiales” (*La evolución de la responsabilidad patrimonial médica en Francia*, en “Los avances del derecho ante los avances de la medicina”, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 121).

Y en la Argentina, a más de los autores citados, Carlos A. Ghersi también reconoce que “la posibilidad de mala praxis sólo puede resultar de una situación en que al médico le es atribuida responsabilidad subjetiva” (*Principales tendencias en países iberoamericanos en la responsabilidad por prestación y administración de los servicios de salud*, en “Responsabilidad civil y patrimonial del Estado”, Bogotá, Temis, 2003, p. 44. Cfr. Yungano, Arturo R., *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles*, Bs. As., Eudeba, 1992, p. 185).

lidad en esta área, y aún más, el pasaje a un sistema basado en la seguridad social, presentan no pocos inconvenientes”²⁸.

Otro tanto acontece en el ámbito de la jurisprudencia, en el que se ha afirmado, que “la responsabilidad médica sólo puede apreciarse cuando existe culpa o negligencia por parte del facultativo, que se concreta paradigmáticamente en la infracción de la *lex artis ad hoc* [reglas del oficio adecuadas al caso]. No es aceptable la objetivación de la responsabilidad en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, como el que establece el art. 1902 del Cód. Civil, ni tan siquiera mediante la doctrina del resultado desproporcionado, que sólo es admisible como procedimiento racional encaminado por vía de inferencias lógicas a la demostración de la culpabilidad del autor del daño (SSTS, 30/1/04, 15/2/06, 26/7/06, 18/12/06 y 14/2/07, entre las más recientes)” (TS español, 7/5/07)²⁹.

En fin, para no seguir enumerando más razones, que sin duda las hay, al canto, cumple simplemente agregar que si en desconocimiento de los axiomas que *ab antique* abogan por la adopción del principio de la culpa y la responsabilidad subjetiva como regla general en punto tocante con la responsabilidad civil médica, la jurisprudencia y la doctrina optan por la objetivación de la antedicha responsabilidad, en principio, no solamente puede atentar contra la genuina finalidad del acto galénico, como se acotó, sino también contra la excepcionalidad de tal objetivización y el propio espíritu de claras normas tuitivas de estirpe constitucional³⁰, las cuales mandan que sea la ley, como emanación del órgano de representación popular, las que señalen y singularicen las precisas hipótesis en que cabe la responsabilidad objetiva.

Por último, ya para finalizar este aparte, importa señalar que esta conclusión –mejor aún, realidad en el cosmos de la responsabilidad civil médica– permanece

²⁸ Highton, Elena I. - Malamud, Oscar M. - Miguens, Dolores - Wierzba, Sandra M., *Responsabilidad médica: en pro de la teoría de la culpa*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 687.

²⁹ Entre muchos otros autores ya referidos en este estudio, Martínez Pereda coincide con este criterio al afirmar que “la responsabilidad del médico, desde otro punto de vista, es de naturaleza subjetiva, no objetiva, pues se halla enmarcada en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso. En el mismo sentido, requiriendo por ello un reproche culpabilístico, de una conducta culposa” [*Responsabilidad civil de los profesionales*, en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), “Tratado de responsabilidad civil”, t. II, Bosch. Cfr. Plaza Penades, Javier, *Derecho patrimonial. El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2002, p. 79].

Y para terminar esta cita, como lo pone de presente Guido Alpa, a la luz de las nuevas realidades en referencia, es claro que “no se podrá hablar de responsabilidad objetiva del médico”, entre otras razones: “1) por el hecho de que –según la teoría tradicional– en el ordenamiento italiano sólo se admite la responsabilidad objetiva en casos excepcionales... 2) por una razón de carácter histórico y teleológico: la responsabilidad objetiva, es, normalmente, una responsabilidad de empresa. Por lo tanto, ella no se adapta bien a la actividad del médico... 3) por una razón de carácter estructural, porque repugna a la actividad liberal y ‘noble’ la asunción de obligaciones resarcitorias no determinadas por dolo o culpa, es decir, por un hecho dependiente de la voluntad del sujeto, o de un error de comportamiento de su parte; 4) por una razón de política del derecho, en tanto la atribución de una responsabilidad objetiva desincentivaría el ejercicio de una actividad que es estrictamente necesaria y, por lo tanto, sumamente útil para la organización social” (*Nuevo tratado de responsabilidad civil*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 906 y 907).

³⁰ Lo anterior se encuentra en un total acuerdo con el art. 88 de la Const. Pol. de Colombia, a cuyo tenor, es la ley la que “definirá los casos de responsabilidad civil objetiva”, y no el juez, ni la doctrina.

inalterada de cara a supuestos novísimos de reparación del daño por actos médicos erróneos, en concreto del llamado “error de diagnóstico prenatal”, en orden a cobijar las denominadas “acciones” –término no muy feliz– de *wrongful birth*, *wrongful conception* y *wrongful life*³¹, modalidades que, en línea de principio rector y sin perjuicio de las aceradas discusiones de carácter jurídico, a fuer que ético-moral que se han suscitado, descansan igualmente en el consabido régimen de la culpa probada, justamente por exigir la presencia de este criterio subjetivo de atribución de responsabilidad civil³².

En efecto, en los tres casos, el criterio imperante no es otro que el de la diligencia médica en el marco del diagnóstico prenatal: así, en el caso del *wrongful birth*, en el que nace una persona con discapacidad sin que el médico, por omisión profesional, hubiera informado oportunamente a los padres del probable padecimiento de dicha discapacidad, privándolos así de la posibilidad de decidir sobre el naci-

³¹ El análisis detallado de las teorías del *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*, tema de sumo interés, pero ciertamente muy especializado y abarrotado de innumerables variantes y perspectivas, amén que dueño de una serie de consideraciones que trascienden lo jurídico, será reservado a ocasión posterior, por desbordar el ámbito de examen del presente estudio, reservado al instituto de la culpa médica, medularmente (Jaramillo, Carlos I., *Responsabilidad civil médica por errores de diagnóstico prenatal. Aspectos generales y probatorios*, XVII Jornadas sobre Derecho y Genoma Humano, Bilbao, Universidad de Deusto, Memorias, 2010).

No obstante, hacemos puntuales precisiones, sólo para refrendar dicho aserto. Efectivamente, sobre este mismo particular, Andrea Macía Morillo, en uno de sus diversos estudios, afirma alrededor de las referidas figuras (*wrongful birth*, *wrongful conception* y *wrongful life*) que “en ellas, el supuesto básico del que se parte es el de una gestante que durante el embarazo se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual se trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. Durante dicho proceso de diagnóstico se produce un error por parte de alguno de los profesionales sanitarios intervinientes en el mismo, error que resulta en que la información que se proporciona a la gestante no responde, en realidad, a la situación real del embrión o del feto; concretamente, se le informa de que no existe problema ni riesgo alguno respecto del *nasciturus*, cuando la realidad es que este se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un ‘falso negativo’. En tal situación, la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En tales circunstancias, el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual surge la pretensión, tanto por parte de los progenitores como del propio niño nacido, de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y, con ello, la privación de la facultad de la gestante de optar por la interrupción del embarazo” (*La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, “Revista de Derecho”, nº 27, Baranquilla, Universidad del Norte, 2007, p. 5).

³² La precitada doctora Macía Morillo, sobre la primacía de la culpa, indica que “de acuerdo con la idea de la continuidad, hay que partir de que el sistema de responsabilidad civil que recoge el Cód. Civil español sigue estando basado en la culpa y de que es este criterio de la culpa el que reitera constantemente la jurisprudencia de cara a la reclamación de responsabilidad a los profesionales médicos. Por tanto, ante el nacimiento de un niño enfermo o discapacitado, no va a ser suficiente para imputar una responsabilidad a un profesional sanitario que haya intervenido en el seguimiento del embarazo, sino que habrá que constatar también su culpa, de acuerdo con el parámetro de la *lex artis ad hoc*. Consiguientemente, en aquellos supuestos en los que el profesional sanitario se haya comportado de acuerdo con la *lex artis*, no deberá responder por la información errónea que recibe el paciente, ya que el diagnóstico erróneo es aún hoy posible dentro de parámetros de diligencia del profesional sanitario. Para poder imputar subjetivamente la responsabilidad al profesional sanitario, habrá de comprobarse, pues, que podría haberse emitido un diagnóstico correcto –esto es, que se podría haber detectado la existencia del mal o la enfermedad del niño–, posibilidad que se valorará teniendo en cuenta, especialmente, los indicios presentes en el paciente y los límites del conocimiento médico y científico” (*La responsabilidad civil médica*, p. 18).

miento del menor –esto es, privándolos de lo que algunos denominan, al margen de otras consideraciones jurídicas, morales y éticas, el *derecho a abortar*–, se valora el grado de negligencia del facultativo a la luz de la *lex artis ad hoc* y de las demás circunstancias circundantes, con el confesado propósito de determinar si, de cara al caso concreto y a la inequívoca posibilidad de diagnosticar la enfermedad, patología o disfunción, incurrió en un comportamiento culposo, cuya consecuencia inmediata fue el nacimiento del menor sin que los padres, con la perspectiva indicada, hubieran podido decidir si ello realmente era lo más conveniente.

Idéntica situación es la del *wrongful conception*: en ella se valora también la negligencia médica –reflejando, *in claris*, el arraigo del mencionado subjetivismo en la responsabilidad médica–, pero esta vez respecto a la efectividad de un tratamiento anticonceptivo o abortivo –si es jurídicamente permitido– que se ha practicado a una persona en particular, pero que no ha dado el resultado esperado, como quiera que, a pesar del tratamiento, la persona ha podido concebir un hijo, ya sea como madre o como padre. En tal caso se valora si la concepción fue producto de una falla fortuita del tratamiento, o si, por el contrario, provino de la negligencia o la impericia del facultativo, comprometiendo así su responsabilidad galénica.

A su turno, en el caso del llamado *wrongful life*, cabe una hipótesis muy similar a la del *wrongful birth*, pero con la particularidad de que es el menor –el niño nacido– quien realiza la reclamación, esgrimiendo como perjuicio por reparar, en la mayoría de los casos, el hecho de *vida misma*, la que se traduce, *ex post*, en un perjuicio de índole moral y de contenido y extensión patrimonial. Sin embargo, en lo que concierne a la valoración de la culpa médica, en lo cardinal, la cuestión es de suyo igual: se examina si el facultativo fue negligente o su acto médico falto de pericia al omitir el diagnóstico de la discapacidad o disfunción con que nacería el menor, a *posteriori* sujeto de derechos: la indemnización de los daños irrogados, no exentos de controversia, en especial el llamado “daño vital”, originado, supuestamente, por vivir, o seguir viviendo.

Así las cosas, obsérvese entonces que, incluso en estas nuevas modalidades o “acciones” de responsabilidad civil, por regla general –que admite como tal excepciones–, impera el criterio de la culpa probada, en armonía con el principio reinante en materia de responsabilidad galénica, refractario a la objetivación de la responsabilidad médica³³.

³³ Así lo reconoció explícitamente el Tribunal Supremo español –sin duda abanderado en esta materia en el campo judicial europeo–, el cual, en providencia en la que abordó el supraindicado tema del diagnóstico prenatal, explícitamente afirmó que “es doctrina reiterada... la de que la exigencia de responsabilidad por culpa, tanto contractual como extracontractual, requiere la existencia de una acción u omisión imputable al agente, que tal acción u omisión se caracterice como culposa o negligente, la existencia de un daño y que entre éste y la acción u omisión culposa o negligente exista un nexo causal. De estos elementos, la acción u omisión y el daño, constituyen requisitos de carácter fáctico, cuya impugnación, en sentido positivo o negativo, sólo puede acceder a la casación por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de esa actividad judicial que se consideren infringidas. La concurrencia de culpa o negligencia y la existencia o no de nexo causal entre la acción u omisión y el resultado son cuestiones de derecho accesible a la casación”. En realidad, en la primera sentencia ibérica que se refirió expresamente a esta materia, se dejó claro que era necesario que mediara la impericia o imprudencia del galeno para poder hacer la respectiva imputación de responsabilidad; al respecto, el Tribunal Supremo afirmó que “ya es un tema clásico, no por muy repetido menos esencial, el afirmar que la concreción de la responsabilidad extra-

Y es que la existencia de esta tipología de “acciones” (como el *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*), más allá de suscitar muchas dudas en lo que concierne a su procedencia generalizada y a su justificación ética, moral y hasta religiosa, no alteran la morfología de la responsabilidad civil, en general y tampoco en lo que hace relación a la profesional y médica, en particular, habida cuenta de que, aparte la culpa, que sigue siendo menester acreditar en estos supuestos, se exige la presencia de los demás requisitos –daño y nexo causal–³⁴, no carentes, de acentuada dificultad probatoria también³⁵.

Huelga mencionar, por su significación, que estas nuevas manifestaciones de responsabilidad médica, hartamente intrincadas y llamativas por su aparente extrañeza, y por la entendible irritabilidad que ocasionan en algunos, son susceptibles de los

contractual o aquiliana, exige, opinión unánime de la jurisprudencia y de la doctrina, cuatro requisitos: 1) una acción u omisión antijurídica del agente; 2) el dolo o culpa de este; 3) el daño producido, y 4) la relación causal entre la acción u omisión y el daño. Ahora bien, como en el presente caso se contempla una posible responsabilidad profesional dentro del área de la medicina, dicha responsabilidad tendrá que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados ‘deberes médicos’ –*lex artis ad hoc*–, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un ‘buen padre de familia’” (TS español, Sala 1ª, 6/6/97, 4610. Cfr. sent. 4/2/99, 748 y sent. 18/12/03).

En fin, en el campo doctrinal, también corroboran esta exigencia culpabilística Miguel M. Casals y Josep Solé Feliu en *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar*, “Indret”, Barcelona, abril de 2004.

³⁴ A este respecto considera Macía que “el tratamiento que hayan de recibir estas pretensiones de indemnización frente a los profesionales médicos ha de respetar los perfiles de la responsabilidad civil, tal y como fue concebida y regulada originariamente en el Cód. Civil, ya que esta es la institución que le sirve de marco, institución que, pese a todos los cambios socio-económicos, no ha sido alterada por el legislador en sus presupuestos fundamentales. Por ello, al margen de estas tendencias de ampliación de la responsabilidad civil inicialmente mencionadas, la idea de continuidad supone partir del presupuesto firme de que, para admitir o rechazar la responsabilidad civil, habrá que examinar cada uno de sus presupuestos (daño, culpa y relación de causalidad, tanto en su perspectiva fáctica como jurídica), a fin de ver si efectivamente están o no aquí presentes. En otras palabras, se trata de analizar este supuesto reafirmando la idea tradicional de que la responsabilidad es una excepción y no, como actualmente se pretende, una regla general frente a cualquier revés que experimente una persona en su vida. Por tanto, vaya de partida la afirmación de que únicamente podrá estimarse la procedencia de una indemnización en estos casos cuando se constate que concurren todos y cada uno de los elementos que establece el ordenamiento para hacer surgir la obligación de reparar el daño causado. Esto supone, como es lógico, que el enfoque con el que se ha de abordar el tratamiento de estas acciones requiere analizar si está presente o no en ellas cada uno de los citados elementos; esto es lo que se tratará de ver a continuación” (*La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, p. 14).

³⁵ Sobre este particular, afirma De Ángel Yáguez que estas diversas modalidades de responsabilidad “plantean problemas jurídicos no imaginables o difícilmente susceptibles de haberse suscitado hasta ahora. En primer lugar, estamos en presencia de un campo de actuaciones médicas en el que resulta particularmente difícil determinar cuáles son los confines de la *lex artis*. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que las limitaciones de la ciencia médica son patentes ante nuevas tecnologías como las que requiere el diagnóstico genético prenatal; ello sin dejar de advertir lo complejo que puede ser determinar cuándo un embarazo justifica, y cuándo no, la recomendación de llevar a cabo ese tipo de pruebas... en segundo término, un elemento de los constitutivos del esquema dogmático de la responsabilidad civil, cual es la relación de causalidad, se complica extraordinariamente. En efecto, en los casos que nos ocupan se plantea la obligada pregunta de si la mujer embarazada habría optado por abortar si hubiese conocido la enfermedad que afectaba al feto. Por fin, y con caracteres mucho más agudos que los propios del caso de un embarazo no querido, pero de criatura sana, se plantean las cuestiones relativas a la determinación del daño, y a su cuantificación o valoración” (*Comentarios al Código Civil*, p. 661).

mismos comentarios atinentes a la flexibilización de la prueba, máxime cuando en no pocas oportunidades, es cierto, será de difícil probanza la culpa médica, entre los demás elementos configurativos ya referidos (daño y relación de causalidad), en cuyo caso el facultativo deberá adoptar una actitud activa, *leal* y de estrecha colaboración, a fin de esclarecer lo acontecido, aun a sabiendas de que se está en un escenario de gran complejidad: el prenatal.

b) Lectura con la perspectiva de la responsabilidad civil en general. El reverdecimiento de la culpa

Por consiguiente, la responsabilidad médica ha sido refractaria respecto de la prenombrada responsabilidad objetiva, tendencia que, dicho sea de paso, no es aislada o insular, porque el derecho de la responsabilidad civil, en general, después de un prolijo y detenido escrutinio del estado de la cuestión de la objetivación, parece estar retornando –en algunos campos– a la morada de la culpa, desde luego con todas las excepciones, y sin que ello se traduzca en una regla apodíctica, a lo que es menester agregar la subsistencia de regímenes individuales de responsabilidad objetiva, la que subsiste, pero acotada, como se expresó. Sobre este particular, conviene insistir en que no son pocos los autores que, con estribo en sus ordenamientos jurídicos, se han mostrado partidarios de un *reverdecimiento o renacimiento* del principio subjetivista o culpabilista, en desarrollo de varios de los argumentos ya esgrimidos, y de otros más que, en obsequio de la brevedad, omitimos en esta oportunidad, y otros de una preservación del esquema subjetivista (“pervivencia”).

Así, por ejemplo, Pantaleón manifiesta que, respecto de la primacía “de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual se han escrito muchas simplezas, algunas tan conocidas entre nosotros”. Sin embargo, “cuando el problema de la responsabilidad extracontractual se contempla como un problema interindividual entre dañante y perjudicado, la primacía de la culpa como criterio de imputación subjetiva resulta algo evidente”³⁶; idéntica posición suscribe López Mesa, en cuyo sentir “es un hecho comprobado que tampoco se ha impuesto como norma general la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa. Los códigos civiles del siglo XIX, como el Código Civil argentino, el chileno, el colombiano, etc., siguen teniendo por eje de sistema de responsabilidad a la culpa. Por caso, el principio general de la culpa como eje del sistema de responsabilidad surge sin esfuerzo de la lectura del art. 2341 del Cód. Civil colombiano, así como del art. 1067 del Cód. Civil argentino... creemos que la culpa sigue siendo el principio general y la doctrina del riesgo constituye sólo una excepción; muy importante, numérica y cualitativamente, pero una excepción al fin”³⁷.

Afirma Peña López, de manera meridiana, amén de atinada, que “como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta su inspiración francesa, la culpa como criterio de imputación de responsabilidad extracontractual ostenta una posición central en el ámbito de Código Civil”; y en páginas posteriores agrega que “no hemos podido, siquiera olvidando los antecedentes históricos del Código Civil y abando-

³⁶ Pantaleón, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, Madrid, Dykinson, 2000, p. 448, y 465, termina su interesante estudio concluyendo que “la primacía de la culpa como criterio de imputación de dicha responsabilidad tiene excelente sentido”.

³⁷ López Mesa, *El reverdecimiento*, p. 19.

nando todo perjuicio dogmático, encontrar un apoyo normativo en el que fundamentar la existencia de criterios de imputación de responsabilidad que prescindan de la valoración del comportamiento del sujeto responsable en términos de diligencia. Tanto la cláusula general de responsabilidad, como los regímenes de responsabilidad por hecho ajeno otorgan relevancia a la culpa –si bien de distinta forma– en el seno del juicio de responsabilidad... En el sistema del Código Civil las reglas de responsabilidad objetiva son manifiestamente excepcionales. En efecto, dichas reglas están limitadas a pequeños ámbitos materiales y se oponen no sólo a la cláusula general del art. 1902, sino a todo su entorno normativo dirigido a fijar los efectos jurídicos de la culpa o negligencia... A nuestro juicio, la culpa, es sin duda, considerando aisladamente al Código Civil, el principio general de responsabilidad, con respecto del cual cualquier otro régimen es excepcional y, por lo tanto, no susceptible de aplicación analógica ni de interpretación extensiva. Ahora bien, ello no quiere decir que las concretas normas señaladas posean esta misma naturaleza excepcional teniendo en cuenta el conjunto del derecho de daños español, pues la *ratio* de algunas de ellas bien podría conectarse, con nuevos principios de responsabilidad extracontractual que han sido introducidos en leyes especiales a lo largo del siglo XX³⁸.

En el mismo sentido, Roca revela que, en punto al ordenamiento español, se mantiene todavía el criterio de la culpa como elemento preponderante de la responsabilidad civil; así, afirma que “el Código español es heredero de la tradición que se ha puesto de relieve hasta aquí y define la obligación inherente a la responsabilidad civil del siguiente modo: ‘el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado’”. Por tanto, el sistema español parte de la responsabilidad llamada subjetiva o responsabilidad por culpa, cuyos elementos, características y efectos se estudiarán en otros capítulos de este mismo libro, como consecuencia de la regulación, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo de manera reiterada que quien demanda a otro atribuyéndole la autoría del daño que el demandante ha sufrido, debe probar que la lesión proviene del demandado... la derivación hacia una responsabilidad objetiva, como consecuencia de la toma en consideración del riesgo que una determinada actividad comporta, no sustituye la tradicional responsabilidad por culpa, de manera que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa la tendencia a limitar los criterios de atribución de responsabilidad objetiva, bien a aquellos casos en que esté legalmente previsto, bien en aquellos casos en que se puede hablar de un peligro potencial³⁹.

En la misma línea, Alterini, por su parte, de manera elocuente indica que “no debe pensarse que en la Argentina, la culpabilidad se ha convertido en pieza de museo⁴⁰”, de suerte que “ocuparse de ella [la culpa] no puede ser considerada tarea de

³⁸ Peña López, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, Comares, 2002, p. 102. Cfr., Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 204 y 205.

³⁹ Roca, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 27 y 29, agrega que en el mismo sentido ya indicado, “la sentencia de 22 de enero de 1996 recuerda que el principio del art. 1902 del Cód. Civil sigue siendo de responsabilidad por culpa del agente del daño”, hasta el punto de que el Supremo indicó que hay “necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del evento dañoso”.

⁴⁰ Alterini, Atilio A., *Temas de responsabilidad civil*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1995, p. 16, n° 6.

historiador porque, por ahora, en amplios sectores de la responsabilidad contractual, y en otros de la extracontractual, conserva actualidad como una regla del sistema⁴¹.

En Italia, Massimo Bianca enseña que “el principio general de la responsabilidad civil es, pues, el principio de la culpa, por cuanto es el principio idóneo para imponer como criterio fundamental de orden en la vida de relación”⁴². A su vez, Bustamante Alsina expresa que “la culpa es el factor imputativo que ha dominado de modo casi exclusivo el sistema de responsabilidad vigente hasta la reforma de 1968. Aún hoy constituye el fundamento general de la responsabilidad, aunque su campo de aplicación se vea de más en más limitado por la existencia de otros factores de carácter objetivo.

La aplicación de los demás factores de tipo objetivo es de carácter excepcional y en virtud de ello es necesario que la ley expresamente los imponga en cada caso⁴³.

Y en el espacio europeo, en general, se observa una tendencia análoga, hasta el punto de que los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, de reciente factura (2005), también conocidos en su versión inglesa como *European group on tort law*, expresa e inequívocamente consagran la culpa como uno de los “fundamentos de la responsabilidad”.

En este último sentido, el art. 1:101, titulado “Norma fundamental”, es meridiano al establecer que, “1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. 2) En particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en ejercicio de sus funciones”.

De igual modo, el art. 4:101 (“Culpa”), inmerso en el capítulo 4, alusivo a la “responsabilidad por culpa”, dispone que “una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

Tales normas, una vez más, corroboran que la culpa, *per se*, continúa siendo, en este nuevo milenio, eje del sistema de la responsabilidad civil, y que quienes pretenden extenderle un certificado mortuario y se equivocan en grado superlativo, perdiendo toda su credibilidad y objetividad⁴⁴. Ella, como se ha observado, y como se

⁴¹ Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto, *Supervivencia de la teoría de la culpa*, en “La responsabilidad civil”, Medellín, Diké, 1995, p. 180.

⁴² Massimo Bianca, Cesare, *Supervivencia de la teoría de la culpa*, en Bueres, Alberto - Kermelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 137.

⁴³ Bustamante Alsina, Jorge, *El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, p. 26.

⁴⁴ Como lo explica uno de los distinguidos miembros del referido grupo de profesores europeos, el profesor suizo Pierre Widner, “de acuerdo con diversos informes nacionales (Austria, España, Estados Unidos o Israel) la culpa se considera ‘la piedra angular’, el ‘criterio primario’ o la ‘condición básica’ de la responsabilidad civil”. Tanto es así que la culpa, “bajo su forma más frecuente de ‘negligencia’ se ha convertido en una especie de ‘chica para todo’, porque, en tiempos modernos con su cada vez más importante desarrollo tecnológico, ha tenido que servir como justificación para indemnizar en casos en que la idea tradicional de ‘fallo moral’ se mostraba cada vez más menos coherente”. Por ello, continúa el informe, aunque en algunos ordenamientos se han introducido leyes que han adoptado “la ‘responsabilidad por riesgo’, es decir, responsabilidad objetiva... la culpa sigue siendo un

observará, sigue vigente, y sigue considerándose fundamento cardinal y *ratio essentialis* de ella, no como un elemento vergonzante, sino como basamento de especial prosapia y reconocimiento.

Así pues, desde luego respetando otras posturas, se evidencia con diafanidad por qué debe mantenerse el criterio concurrente de la culpa en el ámbito de la responsabilidad civil en general y, de cara a las razones expuestas con ocasión del asunto *sub-examine* en este escrito, por qué el principio culpabilista, a su turno, debe informar y seguir informando la responsabilidad médica, en particular, no por capricho, ni por parcialidad, ni por dogmatismo, sino por férreas y justicieras razones jurídicas, éticas, societarias y humanísticas que, al unísono, militan en favor de un régimen diverso, amén de especial, que no de privilegio, como se puso de relieve. Ese es, pues, el presente, y el futuro, por lo menos el inmediato, no pareciera que sufrirá alteraciones profundas en este aspecto.

Expresado de otro modo: esta es la realidad imperante y también la tendencia que se registra y proyecta. El tiempo, empero, tiene la última palabra, pero a juzgar por lo acontecido y por la evolución registrada en esta área del conocimiento, sin pretender hacer futurología, el primado de la culpa continuará, en asocio de la flexibilización probatoria (carga de la prueba de la culpa).

Bien dice el pasaje bíblico que “por sus frutos los reconoceréis”, los que ha juzgar por lo acontecido en los últimos lustros, han sido abundantes y se espera que, en lo venidero, sean plétóricos, en testimonio de equilibrio y de equidad, aunque algunos se empeñen en lo contrario, vistiendo la justicia con el manto de lo “social”, a manera de comodín, de expresión efectista y de recurso teñido de cierto populismo, a sabiendas de que es precisamente en defensa de la genuina “justicia social” y del “Estado social de derecho”, que esta tesitura ha adquirido tanta fuerza en sede de la responsabilidad de los médicos, los que no pueden ser “satanizados”, ni “victimizados”. Todo en su justo medio, sin apresuramientos, demagogia y radicalismos, siguiendo, para ello, el sapiente y justiciero dictado del *casus* y de la sana crítica.

© Editorial Astrea, 2014. Todos los derechos reservados.

criterio de imputación esencial desde el punto de vista teórico, pero también para todos aquellos sucesos cotidianos más o menos importantes, en los que el daño se causa por y a personas individuales en el marco de sus actividades normales. Ello explica por qué incluso en las más recientes codificaciones o proyectos de ámbito nacional e internacional, la responsabilidad basada en la culpa todavía se sitúa en el origen de la responsabilidad civil” (*Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 103 y 104).