

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

ESCUELA DE POSGRADO

UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS
PROFESIONALES DE LA SALUD. Un estudio de la influencia del deficiente registro
y archivo de la historia clínica”.**

Para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y
Comercial

Presentado por:

Bach. Hugo Fernando Godoy Suárez

Asesor:

Dr. Jesús Walter Espinoza Altamirano

AYACUCHO – PERÚ

2018

Dedicatorias:

A don Lucio Godoy Pérez (†) y doña Patricia Suárez de Godoy,
mis padres, quiénes me prodigaron el Amor necesario para transitar
en el camino de la superación con humildad y servicio al prójimo.

A Martha Quispe Luján, quién, más que la compañera invaluable,
es el Amor inconmensurable que me acompaña e impulsa
en este tramo de mi vida.

Agradecimientos:

Nunca más agradecido, a mi *Alma Mater*, la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, lugar de enriquecimiento espiritual y crecimiento académico, forjador de ideales en pro de las venideras generaciones.

Al señor doctor, Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, Juez Titular del Segundo Juzgado Civil de Huamanga, por su apoyo incondicional y sus invaluables aportes al desarrollo de este esfuerzo académico.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	8
Abstract	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	14
ASPECTOS METODOLÓGICOS	14
1.1. Descripción de la realidad problemática	14
1.2. Formulación del Problema	15
1.2.1. Problema Principal.	15
1.2.2. Problemas Secundarios	15
1.2.2.1.- Problema Secundario 01:	15
1.2.2.2.- Problema Secundario 02:	15
1.2.2.3.- Problema Secundario 03:	15
1.3. Justificación	16
1.3.1. Justificación teórica	16
1.3.2. Justificación práctica	16
1.3.3. Justificación metodológica	16
1.4. Objetivos de la investigación	17
1.4.1. Objetivo General	17
1.4.2. Objetivos específicos	17
1.4.2.1.- Objetivo Secundario N° 01:	17
1.4.2.2.- Objetivo Secundario N° 02:	17
1.4.2.3.- Objetivo Secundario N° 03:	17
1.5. Delimitaciones	18
1.5.1. Delimitación espacial	18
1.5.2. Delimitación temporal	18
1.5.3. Delimitación social	18
1.6. Hipótesis	18
1.6.1. Hipótesis Principal	18
1.6.2. Hipótesis Operacionales	19

1.6.2.1.	Hipótesis operacional 01:	19
1.6.2.2.	Hipótesis Operacional 02:	19
1.6.2.3.	Hipótesis Operacional 03:	19
1.7.	Variables	19
1.7.1.	Variables independientes:	19
1.7.2.	Variable dependiente:	19
1.8.	Población y muestra	19
1.9.	Métodos y técnicas	20
1.9.1.	Métodos	20
1.9.2.	Técnicas de recolección de datos	20
1.9.3.	Instrumentos	20
1.9.4.	Procesamiento y análisis de datos	21
CAPÍTULO II		23
MARCO TEÓRICO		23
2.1.	Marco filosófico de la investigación	23
2.2.	Base histórica	24
2.2.1.	Antecedentes de la Investigación	24
2.2.1.1.	Evolución histórica de la responsabilidad del profesional de salud	24
2.2.1.2.	Evolución de los estudios sobre responsabilidad profesional.	25
2.2.2.	Base Teórica	26
2.2.2.1.	Responsabilidad de los Profesionales de Salud.	26
2.2.2.2.	Criterios para la determinación si es una responsabilidad contractual o extracontractual.	28
2.2.2.3.	Tipos de responsabilidad de los profesionales de salud.	29
2.2.2.4.	Responsabilidad del Profesional de Salud.	34
2.2.2.5.	La Responsabilidad Médica en general.	34
2.2.2.6.	Elementos Constitutivos en el Delito Profesional.	37
2.2.2.7.	El Peritaje Médico Legal sobre Responsabilidad Profesional del Médico.	38
2.3.	Teorías de la responsabilidad extracontractual	39
2.3.1.	Teoría del daño.	39
2.3.2.	Teoría de la culpa.	40
2.3.3.	Teoría subjetiva.	41
2.3.4.	Teoría de la culpa objetiva.	45

2.3.5. Teoría del énfasis en la víctima.....	49
2.3.6. Teoría de la responsabilidad de la sociedad.....	49
2.3.7. Teoría de la distribución social del daño.....	52
2.3.8. Teoría de la difusión del riesgo a través del sistema de precios.....	53
2.3.9. Teoría de la difusión del riesgo y prevención del daño.....	56
2.3.10. Teoría del sistema y estadística.....	60
2.3.11. Teoría de la responsabilidad extracontractual y teoría económica.....	62
2.3.12. La teoría económica repensada.....	64
2.4. Marco conceptual.....	75
2.4.1. La Historia Clínica.....	75
2.4.2. Finalidades de la Historia Clínica.....	75
2.4.3. Garantía de un Adecuado Tratamiento por un Equipo Médico.....	76
2.4.4. Verificación por terceros de la calidad y el nivel de atención dispensada al paciente.	77
2.4.5. Conocimiento del Paciente de su Estado de Salud y del Respectivo Tratamiento... 77	77
2.4.6. El Registro y la Historia Clínica.....	78
2.4.7. Un Eficaz Medio de Prueba.....	79
2.4.8. Finalidad Estadística.....	80
2.4.9. Su Contribución a la Investigación y a la Docencia.....	80
2.4.10. Descripción de la Historia Clínica.....	81
2.4.11. Factores de Atribución.....	83
2.4.11.1. Sistema Subjetivo.....	83
2.4.11.2. Sistema Objetivo.....	86
2.5. Definición de Términos Básicos.....	87
2.5.1. La Historia Clínica.....	87
2.5.2. Factores de Atribución de la Responsabilidad Civil.....	88
CAPÍTULO III.....	89
DERECHO COMPARADO.....	89
3.1. Antecedentes de la investigación.....	89
3.2. Antecedentes nacionales.....	91
3.3. Antecedentes internacionales.....	92
CAPÍTULO IV.....	94
ANÁLISIS Y RESULTADOS.....	94

4.1. Presentación y análisis de los datos	94
CUADRO N° 01	94
CUADRO N° 02	95
CUADRO N° 03	96
CUADRO N° 04	97
4.2. Análisis de los resultados obtenidos	105
4.3. Discusión	107
CONCLUSIONES	111
RECOMENDACIONES	115
APOORTE ACADÉMICO DEL AUTOR	118
BIBLIOGRAFÍA	119
ANEXOS	120
LISTA DE CUADROS	121
LISTA DE FICHAS	121

Resumen

La tesis al que denominamos “RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Un estudio de la influencia del deficiente registro y archivo de la historia clínica” se orienta a investigar cómo influye el llenado manual, el valor probatorio y los principios orientadores del documento y la accesibilidad, post acto médico, del registro y archivo de historias clínicas en la determinación de la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud.

En este orden de ideas, hemos llegado a la conclusión que la historia clínica, al no ser diligentemente confeccionado o registrado y archivado, puede contribuir a determinar la responsabilidad y su respectiva reparación. Así mismo, siendo un medio probatorio idóneo para determinar si existe o no responsabilidad civil extracontractual del profesional de la salud, si está cuidadosamente confeccionado o registrado y archivado, puede eximir de responsabilidad a los profesionales que intervinieron en un acto médico que trajo consecuencias no esperadas a la salud del usuario o paciente.

Abstract

This thesis, which we named “HEALTH PROFESSIONAL’S EXTRA-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY. A study about the influence of the impaired record and archive of the medical history” is oriented to investigate how, the manual filling, the evidential value, the guiding principles and the post-medical act access of the register and archive of medical records, influence in the determination of the health professionals’ extra-contractual civil liability.

In this regard, we have come to the conclusion, among others, that when the medical record is illegibly filled, in addition to the lack of knowledge of its probative legal value, its principles and its susceptibility to manipulation explain that there is a deficient register and archive of this valuable document. In the same way, when it is not carefully elaborated, registered, or archived, it can contribute to determine the responsibility and its redress. Moreover, as a suitable probative means to determine if there is or not extra-contractual civil liability of the health professional, if it was properly elaborated or registered, it can exclude the professionals that intervene in a medical act that brought unexpected consequences to the health of a user or patient from liability.

Palabras clave/Keywords

Responsabilidad civil extracontractual; Historia Clínica; registro y archivo de la historia clínica/ Extra-contractual civil liability; medical history; register and archive of medical records,

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil, siendo una figura jurídica moderna, puede ser contractual y extracontractual. La primera se origina en el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato. La segunda se origina no existiendo un vínculo contractual, o existiendo, el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, teniendo como fuente una conducta que rompe el deber de diligencia, cuidado y prudencia que deben procurar, en este caso, los profesionales de la salud.

Durante el ejercicio de la medicina, hay momentos en donde el profesional de la salud debe tomar decisiones trascendentales, en especial en las situaciones de vida o muerte de un paciente; en estas circunstancias dicho profesional no se detiene a preguntarse si lo que se propone realizar pueda entrañar consecuencias legales, puesto que al hacerlo podría convertirse en un letal freno a su acción, que en última circunstancia sólo perjudicaría al paciente.

Sin embargo, este profesional puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables, ética y legalmente, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber imponen. Aquí podría surgir una duda: ¿Ha extremado realmente los medios adecuados?, y la respuesta es compleja, pues está

involucrado su *lex artis*. Más aun, ¿Con qué pruebas podría contar el profesional de la salud, para rebatir cualquier indicio de responsabilidad civil?

Es en este punto, como un aporte de la problemática encontrada, se propone: La implementación de un soporte electrónico de las historias clínicas en tiempo real, así como su regulación en una ley especial debidamente reglamentada. Con ello se lograría evitar un deficiente registro (confección) y archivo de este trascendental documento, con repercusiones para los involucrados en la existencia o no de una responsabilidad civil extracontractual, es decir, tanto para otorgar la reparación al paciente perjudicado, como para librar al profesional de dicha responsabilidad.

Empero, sabemos que se ha promulgado la Ley N° 30024: Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas, promulgado el 30 de abril del 2013, y aprobando su reglamento, por decreto supremo N° 039-2015; y vuelto a aprobar y modificar por el decreto supremo N° 019-2017-SA, el 22 de marzo del 2017. Esta Ley y su respectivo reglamento está siendo implementado y puesto en práctica en hospitales pilotos, siendo una implementación de mediano aliento que probablemente en unos cinco años pueda abarcar los grandes hospitales del país, situación por la cual, mientras se demore en implementar, todavía se verificará las deficiencias en el registro de la historia clínica y las repercusiones en la responsabilidad civil.

Cabe señalar que, nuestro informe de investigación, consta de cuatro capítulos. El primero está referido a aspectos metodológicos; el segundo el Marco Teórico de la responsabilidad civil y la historia clínica; el tercero al derecho comparado; y el cuarto al análisis de un caso concreto relacionado al tema investigado, teniendo como ubicación temporal, el año 2005 al 2015.

Así mismo, es necesario decir que, en nuestra región, no existe una cultura de queja para poder reclamar nuestros derechos razón por la cual existen poquísimos casos de responsabilidad civil extracontractual de los profesionales médicos, por ello se optado en realizar un muestreo a criterio y optar por describir y analizar un solo expediente que reúna la información necesaria para explicar nuestras variables.

Por lo manifestado anteriormente, se puede afirmar que nuestros objetivos se cumplieron y nuestras hipótesis han sido comprobadas.

El Derecho, herramienta imprescindible, como producto de la cultura de la humanidad, tiene sus virtudes, pero también sus falencias o vacíos, sin embargo, sin la voluntad de perfeccionarlo para obtener sociedades más justas y menos opresivas, no es una herramienta útil y eficaz. Es nuestra misión, como futuros juristas, perfeccionarlo, inventarlo y fortalecerlo en aras de la sociedad que todos anhelamos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción de la realidad problemática

La responsabilidad civil de los profesionales de la salud (médicos, obstetras, odontólogos, biólogos, enfermeras, técnicas de enfermería, etc.) constituye parte especial de la responsabilidad profesional en general, y ésta se encuentra sometida a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual en particular, consistente *latu sensu* en el deber de reparar o indemnizar el daño ocasionado a otro por una conducta contraria al derecho.

La responsabilidad profesional no existe, en vista de dicho tipo de responsabilidad no es una situación jurídica con características suficientemente importante como para aislarla de la responsabilidad en general y darle una entidad conceptual propia. Lo que hay es la responsabilidad a secas, que comprende a profesionales y a no profesionales. (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 61).

Afirmación al cual me allano, pero no deja de ser notoriamente importante porque son profesionales quienes se encargan de nuestra salud y de nuestra vida, razón por la cual la trascendencia en investigar el porqué de su responsabilidad y cómo redunda la mala gestión en el documento idóneo, como es la historia clínica, para imputarle o para liberarlo de toda responsabilidad.

Así las cosas, los profesionales de la salud al igual que cualquier otro profesional, están sometidos a los principios generales de la responsabilidad civil en tanto cometan daños a los usuarios en el ejercicio de su profesión, en particular derivada de su trabajo asistencial;

motivo por el cual, la actividad del profesional de la salud, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, venerada en unos casos, satanizada en otros, se ha convertido en fuente de responsabilidad civil, penal, administrativa, ética y, hasta, moral, cuando en el ejercicio de la misma ocasionan daños a la salud o vida del paciente. De esta manera, el profesional de la salud asume responsabilidad legal por los efectos de su acto médico o sanitario.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema Principal.

¿Cuál es la influencia del deficiente registro y archivo de la historia clínica en la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud en el Primer y Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga en el periodo 2005 – 2016?

1.2.2. Problemas Secundarios

1.2.2.1.- Problema Secundario 01:

¿Cómo incide el llenado manual e ilegible en el deficiente registro y archivo de las historias clínicas?

1.2.2.2.- Problema Secundario 02:

¿Cómo influye el desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento en el deficiente registro y archivo de historias clínicas?

1.2.2.3.- Problema Secundario 03:

¿Cómo afecta la accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico en el deficiente registro y archivo de historias clínicas?

1.3. Justificación

1.3.1. Justificación teórica

El presente estudio se encuentra debidamente justificado debido a la importancia de hallar recomendaciones, protocolos y mínimas normas de seguridad que debe contar el paciente cuando acude a un centro sanitario en procura de restablecer su salud. Por lo tanto, el meollo del problema es establecer las reglas claras, exhaustivas e insoslayables para el registro y el archivo de las Historias Clínicas; así como, el juzgador tenga una visión más consistente e integral para determinar la responsabilidad civil extracontractual, con el objetivo de que los usuarios no sufran más daño, al procurar obtener la curación para su enfermedad, y no quede en la indefensión. Y, siendo el caso contrario, éste sea indemnizado con una reparación civil que le corresponde por una mala praxis del profesional de la salud.

1.3.2. Justificación práctica

Al culminar la presente investigación, podemos proponer soluciones viables, que hagan posible un registro y archivo idóneas de las Historias Clínicas, y que tengan la utilidad y garantía necesaria para obtener una justa reparación en caso de responsabilidad civil o la prueba para que el profesional se libere de dicha responsabilidad. Una de esas soluciones sería la implementación de las Historias Clínicas informatizadas o digitalizadas en tiempo real.

1.3.3. Justificación metodológica

Con nuestro estudio, al describir un caso simbólico de responsabilidad civil extracontractual del profesional de la salud, en este caso en concreto de un médico, intentamos hacer notar que existe deficiencias en el registro y archivo de este importante

documento médico-legal. Pues, al realizar la descripción de la historia clínica del caso analizado se ha hallado la ilegibilidad de la grafía, letras o iniciales que no precisan o es desconocido por el común de las personas y el mismo paciente, entre otras deficiencias.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo General

Investigar cómo influye el llenado manual e ilegible, sumado al desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento y la accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico en el deficiente registro y archivo de historias clínicas en la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud en el Primer y segundo Juzgado especializado en lo Civil de Huamanga en el periodo 2005 – 2016.

1.4.2. Objetivos específicos

1.4.2.1.- Objetivo Secundario N° 01:

Analizar cómo incide el llenado manual e ilegible en el deficiente registro y archivo de las historias clínicas.

1.4.2.2.- Objetivo Secundario N° 02:

Estudiar cómo influye el desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento en el deficiente registro y archivo de historias clínicas.

1.4.2.3.- Objetivo Secundario N° 03:

Conocer cómo afecta la accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico en el deficiente registro y archivo de historias clínicas.

1.5. Delimitaciones

1.5.1. Delimitación espacial

La presente investigación se realizó en la provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho.

1.5.2. Delimitación temporal

Nuestra investigación se delimitaba entre el período 2005 al 2016 en los Juzgados Civiles Primero y Segundo. Empero, se consideró un caso simbólico, acaecido en el año 2005, precisamente, fue resuelto en el Segundo Juzgado Civil de Huamanga.

1.5.3. Delimitación social

Se considera en general a la sociedad ayacuchana, y en particular a los usuarios que tuvieron al problema de salud y subsecuentemente negligencias médicas que lo llevaron a demandar la reparación en los juzgados mencionados.

1.6. Hipótesis

1.6.1. Hipótesis Principal

El llenado manual e ilegible, sumado al desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento y la accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico explican el deficiente registro y archivo de historias clínicas en la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud en el Primer y Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga en el periodo 2005 – 2016.

1.6.2. Hipótesis Operacionales

1.6.2.1.Hipótesis operacional 01:

El llenado manual e ilegible explica el deficiente registro y archivo de las historias clínicas.

1.6.2.2.Hipótesis Operacional 02:

El desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento es la causa del deficiente registro y archivo de historias clínicas.

1.6.2.3.Hipótesis Operacional 03:

La accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico es la razón del deficiente registro y archivo de historias clínicas.

1.7. Variables

1.7.1. Variables independientes:

Historia Clínica

1.7.2. Variable dependiente:

Responsabilidad civil extracontractual

1.8. Población y muestra

Considerando que nuestro trabajo es una investigación pura, se ha optado por un muestreo por criterio o intencional, toda vez que, los casos por responsabilidad civil en general, en el periodo de estudio, llegan a los 886 (Dato obtenido de la Oficina de Estadística de la Corte Superior de Ayacucho), siendo menos del 0,3% (03) los casos donde se demandaba a un

profesional de la salud. Por las razones expuestas se consideró el Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2, que reunía la información necesaria para describir y explicar nuestras variables de estudio.

1.9. Métodos y técnicas

1.9.1. Métodos

Básica o pura

Descriptivo

Inductivo – deductivo

1.9.2. Técnicas de recolección de datos

Análisis documentario (Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2)

1.9.3. Instrumentos

Fichas de resumen documental

Fichas de transcripción documental

Cuestionarios (Escalograma de Guttman y Diferencial Semántico de Tannenbaum)

Ficha de entrevista personal

1.9.4. Procesamiento y análisis de datos

VARIABLES:	INDICADORES	ÍNDICES	INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS
V1: LLENADO MANUAL E ILEGIBLE	1.- Tipos de grafías utilizadas en la Historia Clínica	1.1. Grado de legibilidad del usuario respecto a las grafías en la Historia Clínica 1.2. Grado de legibilidad del profesional de salud respecto a las grafías en la Historia Clínica 1.3. Grado de legibilidad del operador de justicia respecto a las grafías en la Historia Clínica.	Cuestionario de Diferencial Semántico de Tannenbaum. Codificación Legible - Ilegible
V2: VALOR PROBATORIO Y LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL DOCUMENTO.	Medios Probatorios en el Código Procesal Civil	1.1. Tipos de Medios de Prueba 1.2. Características del Medio de Prueba: Documento 1.3. Valor Probatorio del Medio de Prueba: Documento	Ficha de Resumen Documental
V3: MANIPULACIÓN O ADULTERACIÓN.	1. Tipología de Manipulación y/o Adulteración	1. 1. Tipo de Enmendaduras, Añadiduras y Sobreescrituras 1. 2. Tipo de uso de borrador, borrador líquido u otro elemento 1.3. Uso de Espacios en Blanco 1.4. Uso de distintas grafías, tintas	Ficha de Transcripción Documental
V4: REGISTRO Y ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS	1.- Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas	1.1. Transcripción de normas jurídicas que regulan el registro y archivo de Historias Clínicas. 1.2. Protocolo o Flujograma de registro y archivo de Historias Clínicas.	Ficha de Transcripción Documental
	2.- Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas	2.1. Intensidad de aplicación del principio de Suficiencia en el Usuario – Profesional de salud – operador de Justicia 2.2. Intensidad de aplicación del principio de Integridad en el Usuario – Profesional de salud – operador de Justicia 2.3. Intensidad de aplicación del principio de Veracidad en el Usuario – Profesional de salud – operador de Justicia	Cuestionario de Escalamiento de Guttman. Técnica de Cornell

V5: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	1. Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual	1.1. Elementos intervinientes de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Expediente 1. 2. Monto de Reparación Civil Extracontractual solicitado por el demandante 1.3. Monto de Reparación Civil Extracontractual ordenado por el Juez	Ficha de Resumen Documental
V6: PROFESIONALES DE LA SALUD	1. Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual	1. 1. Número de Profesionales de la salud que intervienen en la redacción de la Historia Clínica. 1.2. Tipo de Profesionales que intervienen en la Historia Clínica 1. 3. Competencias de los Profesionales de la Salud para Registro de Datos en la Historia Clínica	Ficha de Resumen Documental

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Marco filosófico de la investigación

Nuestra investigación tiene una concepción iusnaturalista, pues, tiene un fondo moral a favor del paciente o usuario, ya que sufre, aparte de su deterioro en su salud, puede verse perjudicado aún más por una negligencia del profesional de salud.

Por ello, es justo que dicho usuario, cuente con una o varias normas legales que tutelen su derecho a una reparación civil en caso de verse dañado con un actuar negligente del personal profesional sanitario. En ese sentido, se busca hallar soluciones para que este paciente perjudicado por una negligencia médica, por ejemplo, con la debida reparación económica que merme el sufrimiento y la secuela que pueda sufrir.

También, procuramos dar una alerta a los profesionales de salud al ejercer su *lex artis*, lo realicen con diligencia que manda su ciencia, y que, dentro de su quehacer profesional, se encuentra el de registrar y archivar adecuadamente las Historias Clínicas, que les puede ayudar a probar que no cometió ningún acto negligente y liberarse de la responsabilidad que se le puede imputar.

Finalmente, dentro de las corrientes filosóficas de la Responsabilidad Civil Extracontractual – no es nuestra intención profundizar al respecto, pero podemos mencionarlos – se tiene, por ejemplo: Una concepción de justicia correctiva que se basa en

todo aquel que cause un perjuicio al cuerpo o a la propiedad de otro también es responsable frente a este por los costos del perjuicio infringido. Otra concepción de justicia correctiva basada en la culpa, siendo, éste último, un elemento esencial para la declaración de la existencia de la responsabilidad. Y así, otras concepciones, que explican el por qué se debe reparar a la víctima de la responsabilidad civil extracontractual.

2.2. Base histórica

2.2.1. Antecedentes de la Investigación

2.2.1.1. Evolución histórica de la responsabilidad del profesional de salud.

El concepto de responsabilidad, médica aparece ya en los años 2392 A de JC, cuando el código del Rey Hamurabi dedicaba al menos nueve artículos de los 282 de que constaba, a las faltas y castigos para los médicos, y así entre otros preceptos establecía: “Si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y mata, o si alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo, se le deberán cortar las manos”, también en este código se encuentra el concepto más primitivo de contrato o pacto entre médico y enfermo, donde a cambio de la prestación del servicio de uno, el otro quedaba obligado a pagar en monedas o especies.

Alejandro Magno estableció la pena de crucifixión para el médico que abandonase libre y voluntariamente a un enfermo. El fuero Juzgo entregaba al médico a los familiares del enfermo dolosamente abandonado.

En todos los tiempos y en las distintas civilizaciones hubo médicos que, aunque con distintas metodologías o creencias, debieron responder de su bien hacer, ya fuese ante el pueblo, el Juez o el Jefe del Tribu y lo que vario a lo largo de los tiempos fueron los conceptos de culpa y pena. Ya el derecho romano establecía la culpabilidad del médico aun cuando

habiendo procedido bien, los resultados fuesen negativos debido a cierto abandono, lo que podría considerarse negligencia. En el fuero Juzgo condena podía quedar en manos de los familiares del enfermo perjudicado, a quienes se les entregaba en ocasiones al médico para que hiciesen justicia, por su parte el código del Rey Hamurabi diferenciaba ya lo que hoy denominamos responsabilidad civil y penal, de manera que los fallos no dolosos ni graves estaban castigados con sanciones económicas o indemnizaciones a los perjudicados por los médicos, mientras que ante fallos con resultados graves, el médico podía perder una o más manos si era cirujano, con la única finalidad de evitar que siguiese operando.

Hoy en día, son sin duda los Estados Unidos de América los que encabezan el número de denuncias por imprudencias médicas, sin embargo, allí la responsabilidad penal es excepcional, frente a la civil que es la habitual, además las compañías de seguro llegan frecuentemente a acuerdos entre las partes que evitan muchos juicios.

2.2.1.2. Evolución de los estudios sobre responsabilidad profesional.

Los estudios sobre responsabilidad civil profesional y sobre responsabilidad en el ejercicio de las profesiones médicas en particular quedan rápidamente superados. Es relativamente reciente la toma de conciencia sobre de la responsabilidad civil profesional y por consiguiente la irrupción del derecho indemnizatorio en este campo, pero a continuación hay que advertir que el fenómeno ha sido imparable y que las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios por daños a la salud han crecido en proporciones ya alarmantes para los profesionales.

Se ha dicho también que el fenómeno de la responsabilidad es, al tiempo, en fenómeno de la exigencia social de la responsabilidad y el dato ha conducido a la idea de una cierta socialización, pero también objetivación del riesgo.

La técnica de la responsabilidad objetiva puede sin duda satisfacer la exigencia social de obtener garantía de resarcimiento de los daños que se originen en el curso de un tratamiento sanitario; pero, con toda evidencia, la mayor garantía de las reclamaciones de los perjudicados, lleva paralelamente a una correlativa debilitación en la posición del demandado, ya que en el proceso de responsabilidad civil sería él el obligado a demostrar su actuación correcta.

La siguiente constatación que es necesario tener en cuenta consiste en que, aunque la reclamación por responsabilidad civil sanitaria afecta tanto a la reputación del profesional, como a su matrimonio, bienes éstos al menos igualmente valiosos, la prevención de las consecuencias de una eventual indemnización tiene a menudo sólo en cuenta los aspectos económicos y descuida la garantía del perjuicio.

En efecto, el sistema más común de desplazamiento de responsabilidad consiste en acudir alguna de las diversas pólizas de seguro que se ofrecen, como es el caso del derecho anglosajón.

2.2.2. Base Teórica

2.2.2.1. Responsabilidad de los Profesionales de Salud.

Desde un enfoque Iusnaturalista, en su vertiente humanista, estudiaremos esta problemática con el ánimo de procurar el cuidado de los usuarios de los servicios de salud; por lo que, es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho u acto médico.

La responsabilidad, en general, no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño, normalmente traducidas en una estimación económica.

Se dice que la responsabilidad es subjetiva porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico y por lo tanto de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido, para la teoría subjetiva de la responsabilidad la culpa es especial, y sin ella no hay responsabilidad:

a.- De ahí que se pueda decir que en toda apreciación de responsabilidad existen al menos tres elementos comunes:

a.1.- La acción u omisión.

a.2.- El daño y;

a.3.- La relación de causalidad entre ambos.

Y que lo que se discuta sea el elemento de la culpa o negligencia que ha de concurrir, según los sistemas llamados de responsabilidad subjetiva en la acción u omisión del causante, como reproche del ordenamiento jurídico a su comportamiento, y que puede estar ausente, según los denominados sistemas de responsabilidad objetiva, para imputar una responsabilidad.

Cual sea el tenor de la obligación viene a su vez determinado por el contenido de la relación existente entre el médico y el paciente, a la que vamos a referirnos ahora, ya que la vulneración por parte del médico de los derechos del paciente, que constituyen sus obligaciones, es causa de responsabilidad.

b.- Negligencia

Se trata, pues, de la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones.

Si nos atenemos a su acepción unitaria, la negligencia significa descuido en las tareas u ocupaciones, omisión o falta de preocupación o de aplicación en lo que se hace o debe hacerse.

Dado a su captabilidad para diversas manifestaciones jurídicas, el vocablo es captado por varias ramas de derecho positivo, algunas veces lo recibe en su acepción genérica; otras, atribuyéndole una significación más particular y a veces enteramente precisa. Los distinguos se producen en consideración a los efectos perjudiciales para quienes incurren en ella.

Esos efectos se resuelven en consideraciones jurídicas de diverso orden. Así; en la esfera de derecho sustantivo, significan extinción de derechos o un determinado grado de responsabilidad; en el ámbito de derecho procesal se resuelven en decaimiento o pérdida de las facultades concedida por la ley ritual, que impide la prosecución de una actividad determinada en el ámbito del proceso.

2.2.2.2. Criterios para la determinación si es una responsabilidad contractual o extracontractual.

Es un tema nada pacífico, pues, nuestros doctrinarios lo tratan en forma tangencial o lo generalizan, ya que existen zonas grises en la responsabilidad civil en general.

Existen corrientes teóricas, desde la consideración de que ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, tiene sus características propias, hasta las corrientes de la unificación de las responsabilidades, ya que el objetivo es resarcir al dañado.

Los presupuestos de la responsabilidad en cualquier supuesto de responsabilidad contractual son cuatro: 1) Preexistencia de un vínculo contractual previo entre dos contratantes, luego actor y demandado en una Litis; 2) Validez de ese vínculo contractual y vigencia del mismo al momento del hecho dañoso; 3) Que los daños por lo que se

demanda se hayan derivado del incumplimiento contractual y no de otra causa; y 4) Que el incumplimiento no haya degenerado en un ilícito penal (Trigo Represas & López Mesa, 2011, págs. 499-500). El mismo autor argentino, confirma: “Si faltara alguno de estos requisitos, es decir, si no concurrieran todos ellos en el caso, la responsabilidad sería aquiliana o extracontractual, que es la regla del Código Civil argentino”.

La responsabilidad del médico es contractual sólo cuando existe convención, lo que no importa seguir una estipulación escrita: el llamado, seguido de la visita, ya establece el contrato, sea directamente con el enfermo, sea con persona de su familia o cualquier otro, en estos últimos casos se estaría ante una estipulación por tercero (enfermo). De ahí, que De Aguiar considere extracontractual la acción que corresponde a los miembros de la familia que no estipularon y vinieron, con la muerte del pariente, a sufrir perjuicio (Woolcott Oyague, 2002, págs. 345-346).

2.2.2.3. Tipos de responsabilidad de los profesionales de salud.

a.- Responsabilidad penal del médico

Se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código penal como constitutiva de un delito o de una falta.

La comisión por parte de los profesionales médico de delitos o faltas genera una personal responsabilidad penal del profesional y si de ésta se derivan daños también la responsabilidad civil por tanto su obligación indemnizatoria. Es decir que la ejecución de un hecho descrito por el Código Penal como delito o falta obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios causados en la comisión de ese delito o falta (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 251).

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta.

Por tanto, el médico responderá de la sanción penal y su entidad aseguradora si tuviera concertada una póliza de responsabilidad civil) afrontará el pago de la indemnización por las lesiones ocasionadas.

a.1.- Lesión desde un punto de vista clínico

Según el diccionario de la real academia española, se define como: “Modificación de la estructura de un tejido, bajo la influencia de una causa mórbida”. En derecho penal se entiende como: “Delito o Falta derivados del daño corporal inferido dolosamente a una persona sin ánimo de matar”. En medicina entendemos por lesión: “El daño o alteración morbosa, orgánica o funcional de los tejidos”. Es evidente, ya desde su definición, la gran diferencia en el significado de una palabra, según quién la intérprete. Desde el punto de vista clínico, la lesión, no es más que la situación que motiva el trabajo médico. Tanto en la actividad asistencial, como cuando en el ejercicio de funciones como médicos peritos, es necesario que existan algún tipo de “lesión” que justifique la actividad, ya que sin “lesión” o sin enfermedad, no hay actividad médica como tal, obviamente queda apartada la actividad preventiva. Es necesario que una persona indique, que padece algún síntoma, que observemos algún signo de un proceso mórbido, para poder establecer el diagnóstico de la existencia de una lesión orgánica e iniciar el proceso de tratamiento tendente a intentar sanar, curar o mejorar.

b.- Responsabilidad civil

Todas las actuaciones médico sanitarias que, sin implicar una responsabilidad penal, por no constituir delito o falta, generen daños, están sometidas a responsabilidad civil, es decir a la obligación de quien genera el daño de indemnizar los mismos.

Esta es una responsabilidad genérica para toda acción u omisión que genere un daño interviniendo culpa o negligencia y de la misma responderá el autor del daño, así como otros vinculados a él por distintas relaciones.

La vía civil se utiliza en lo referente a actuaciones médica sanitarias que se lleven a cabo al amparo de centro privado o de tratamientos de profesionales médicos en el ejercicio de su profesión de forma totalmente privada y al margen absoluto de la sanidad pública ya que cuando los profesionales médicos llevan a cabo actuaciones médico sanitarias al amparo de la sanidad pública, al margen de polémicas doctrinales, cabe exigir la responsabilidad de la administración en vía administrativa.

c.- El acto médico como contrato

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones, el contrato es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad, en efecto, el sujeto que contrata se obliga; promete dar, hace, no hacer algo que, si no fuera por este convenio, no tendría como carga.

Se ha discutido ampliamente que tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico, varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente, ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar, aceptando que el acto médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, “de Asistencia Médica”.

d.- Responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad civil puede ser contractual, cuando procede del incumplimiento de un contrato válido, y extracontractual, cuando tiene lugar por declaración legal, sin acto ilícito ni negligencia del responsable, o cuando medie dolo o culpa.

Precisamente en materia de responsabilidad civil del médico una de las cuestiones más discutidas ha sido la naturaleza contractual o extracontractual de la relación médico paciente, la doctrina de la relación jurídica médico paciente se ha construido tradicionalmente sobre la base del contrato, inicialmente calificado como de arrendamiento de servicios, aunque modernamente se refiera entender que se trata de una figura contractual especial.

Sin embargo, la relación puede nacer sobre bases ajenas al contrato, bastando que el paciente tenga un título jurídico, cualquiera que este sea, para ser acreedor de la prestación de asistencia sanitaria.

El progreso de las ciencias de salud y su rápido desenvolvimiento, con la aparición de nuevas técnicas cada vez más complejas y sofisticadas muestran la insuficiencia del tradicional modelo contractual de las relaciones profesional paciente y están determinando la aparición de un nuevo modelo de ejercicio de las profesiones sanitarias, ya común en las especialidades médicas, de manera que la prestación de servicios por parte de un profesional a un paciente no se asienta en la figura típica de un contrato, sino que su tipología es múltiple.

El paciente no adquiere su derecho al tratamiento de la conclusión de un contrato con el profesional, sino de otro título distinto como la afiliación a la seguridad social, o el seguro libre de enfermedad, que determina que sea una Organización Pública o Privada que le asegura o con la que concierta la atención a su salud, y a cuyo servicio se encuentra el profesional, la jurídicamente obligada a prestar al paciente la asistencia sanitaria que precise.

El sentido general de la evolución se ha centrado, en lo externo, en el paso de la relación bilateral entre el prestador del servicio y el que lo recibe, a otras multilaterales, en las que intervienen además un centro establecimiento sanitario, un intermediario sociedad médica o una Administración Pública.

Por tanto, el fundamento de la intervención del profesional médico no se encuentra ya en un contrato que el mismo ha concluido con el paciente, sino en la acomodación de su actividad a las normas rectoras del ejercicio de la profesión, obligaciones que se exigen con rigor especial en virtud de la dedicación profesional, y que se refuerzan aún más cuando la intervención facultativa carece de finalidad curativa y se dirige primordialmente al mejoramiento del aspecto físico, estético o funcional.

e.- Obligación de medio y de resultado.

En el contenido de esta prestación, ya sea contractual o extracontractual, es universalmente admitido que la obligación que incumbe al profesional sanitario es una obligación de medios y no de resultado; obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, sino que está obligado solamente a proporcionar al paciente todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *Lex Artis Ad Hoc*.

La constitucionalización del derecho a la protección de la salud debería imponer por otra parte deberes singulares, correlativo a los derechos de los pacientes, cuya inobservancia puede ser constitutiva de la contravención del contenido esencial de la prestación de servicios médicos.

2.2.2.4. Responsabilidad del Profesional de Salud.

Siendo la responsabilidad profesional, “la obligación de reparar un daño ocasionado en el ejercicio de una actividad profesional”, en el caso de haber sido producido por actos profesionales de un médico, se trataría de Responsabilidad Médica.

La responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión, ha sido prevista por las leyes civiles y penales en todos los tiempos y en todos los países.

En nuestro medio y en la actualidad, debido a las influencias de información de lo que ocurre en otros países, uno de ellos, los Estados Unidos, en que se aplica con gran severidad las sanciones, sobre todo económicas, a quien incurra en delito culposo de la naturaleza que estamos tratando; se juzga por la masa popular al profesional médico y se pide para él las sanciones más severas, aún antes de haber sido establecida su responsabilidad en el proceso dejándose llevar por la información sensacionalista de los medios publicitarios, y sin conocer la sustentación de la figura de la responsabilidad del médico.

No es posible admitir en modo alguno el principio de la irresponsabilidad para el médico en el ejercicio de sus funciones como tal. Esta doctrina perniciosa e inmoral, como toda aquella que dimana de una preferencia o un privilegio, no puede ser aceptada por ningún médico consciente de sus deberes, celoso de prestigio de la ciencia y devoto de su progreso.

Este hecho es plenamente aceptado, toda profesión liberal y aún todo cargo o función pública, lleva imbebida en sí, el principio de reparación y satisfacción por el daño ocasionado o determinado, en cumplimiento y ejercicio de las labores que le son inherentes.

2.2.2.5. La Responsabilidad Médica en general.

1.- Responsabilidad moral o conciencia profesional, que se define y ejecutoria en nuestro fuero interno, y cuyo Juez inapelable y siempre justiciero, nunca se equivoca.

2.- Responsabilidad social, o sanción social, que dimana del vulgo, como resultado del reflejo del ambiente, que casi siempre es injusta, pero que en veces constituye un Juez verás, castigando con excesiva severidad las faltas cometidas; *vox populi, vox dei*.

3.- Responsabilidad legal, o sanción legal, que constituye la esencia del delito profesional y deriva de nuestra obligación de ser responsables ante la ley, por los actos o hechos que como profesionales hayamos realizado.

4.- La responsabilidad moral, constituye la verdadera conciencia profesional, es innata en todo hombre, y cobra aquí, en el ejercicio de la medicina, un aspecto especial, pues forma la ejecutoria más completa del valor facultativo.

Y es por lo tanto esta responsabilidad moral, la primera que debe estimular y temer el profesional médico, pues ella nunca deja de evidenciarse, jamás deja de imponer su fallo. La conciencia profesional no olvida, ni perdona, ni a través del tiempo, ninguno de esos pequeños o grandes delitos, que por acción o por omisión hayamos cometido; constantemente nos recuerda esas amargas experiencias, nos trae a la memoria aquellos difíciles y angustiosos momentos, en que comprobamos un error cometido, cuyas consecuencias vemos y palpamos.

Esta responsabilidad debe siempre estimularla el médico, pues ella constituye una verdadera sensibilidad, innata a la profesión, y es a la larga, precisamente la fuente de la experiencia. ¿Quién al practicar un acto difícil, cualquiera de nuestra profesión, no recuerda un suceso, más o menos amargo, que en igual forma tuvimos en los años ya corridos, y al recuerdo de ello no acuciamos la inteligencia y estimulamos la atención, para obtener un resultado benéfico en este caso?

5.- La responsabilidad social, es por desgracia, aquella que más debemos temer. Es el murmullo reticente y ambiguo que comienza a formarse alrededor de un hecho profesional

desgraciado; es la afirmación maliciosa, con tendencias a la hipertrofia, que malabariza preguntas y estimula respuestas; es el silencio estudiado o el movimiento dubitativo de cabeza, cuan elocuentes, con que responde un colega a la frase interrogativa que inocentemente se le hace; es, por último, la sentencia inapelable que el gran galeote promulga, ejecutoriada a base de mentira, de suspicacia, de malevolencia y de insidia.

6.- La responsabilidad legal, es la obligación de responder ante la Justicia de los hombres, da los daños que hemos ocasionado, en un acto cualquiera de nuestra vida profesional.

Ella es ejecutoriada, ya bajo la forma de simple reparación, como resarcimiento por el perjuicio ocasionando; y en formas más o menos privada (responsabilidad civil; o, ya como acto sancionador y punitivo, como castigo por estas mismas faltas (responsabilidad penal).

La provocación de una muerte, o la determinación de una lesión o de un proceso morbo, debidos a actos profesionales, justificativos de responsabilidad, son la consecuencia directa de:

6.1.- Una impericia manifiesta, dimanada o de una ignorancia supina de la materia en que se actúa, o de una falta de manabilidad en el acto que se ejecuta, ambos hechos sustancializados por una falta de experiencia, que sólo el estudio, el tiempo y la práctica constante del arte médico pueden darnos:

6.2.- Una negligencia inexcusable, en un acto de por sí delicado y grave, que lo lleva hasta olvidar los claros preceptos científicos o a superficializar los peligros que puedan presentarse; y

6.3.- Una imprudencia temeraria, que lo induzca hasta a ejecutar actos profesionales, para los que no está preparado, o cuyas consecuencias no sabe, no quiere o no puede apreciar.

2.2.2.6. Elementos Constitutivos en el Delito Profesional.

Para que pueda existir responsabilidad médica se requiere:

1. Agente: médico, farmacéutico, partera, etc.
2. Acto: exclusivamente profesional y sin intención dolosa;
3. Daño cometido: muerte, lesión o enfermedad;
4. Impericia, negligencia o imprudencia; y
5. Relación causal probada entre el acto y el daño.

La que admite la irresponsabilidad por todo error que ocasione perjuicio material o moral al enfermo:

La irresponsabilidad absoluta

La que sólo se admite en los casos en que es posible demostrar evidentemente ignorancia crasa, error grosero, negligencia o jurisprudencia culpable.

Esta llamada Responsabilidad Médica, se pretende aún discutir con argumentos ya anacrónicos y desechados por inconsistentes; como son aquellos que sostienen que el delito cometido por un médico en ejercicio de su profesión debe quedar impune aduciendo que en el aspecto médico los progresos de la ciencia se hacen base a experiencias en las que se fundamentan los adelantos en la terapéutica médica o quirúrgica, que suponen una labor de tanteo constante y de investigación audaz.

Otro argumento de los partidarios de la irresponsabilidad es la de que una de las características del buen médico y del óptimo cirujano, es precisamente el valor y la audacia en los momentos que exigen decisiones difíciles en los casos extremos y premiosos, y que el temor de una demanda por responsabilidad, cohibiría al facultativo, limitando su acción y haciéndole perder el inestimable empleo de un medicamento heroico, o de una técnica quirúrgica de urgencia.

2.2.2.7. El Peritaje Médico Legal sobre Responsabilidad Profesional del Médico.

Pocas actuaciones médico legales serán tan injustas para el perito médico forense, como aquella que tiene por objeto determinar una responsabilidad profesional. La tarea, lleva en sí, además, múltiples dificultades dimanadas de esa misma lucha de intereses, por lo general grandemente exagerados, que restan elementos de apreciación al peritaje.

La compulsación de los hechos, para llegar a la verdad científica, finalidad del proceso, deberá llevarse con suma cautela. Los datos a comprobarse se tomarán siempre en su justo medio, dejando de lado las obligadas exageraciones de quienes intencionalmente tratan de desvirtuarlas. Se oirá al profesional de salud, primeramente, y después a las partes querellantes; se rehará lo más completamente la historia clínica del caso y se recogerán elementos en las clínicas, hospitales o laboratorios por los que haya pasado el paciente. Si este vive, se le examinará prolijamente; se harán todas las pruebas, exámenes e investigaciones que fuesen necesarias y conducentes a establecer la verdad clara de los hechos.

Ya en posesión de todos los elementos, es necesario establecer el proceso médico-legal, como lo hemos consignado en el acápite de Elementos constitutivos de la Responsabilidad Profesional.

Si los elementos que logramos conseguir, son tan completos que nos permiten conclusiones claras y terminantes, no titubaremos en establecerlas; pero, si con los datos obtenidos no es posible llegar a una certera finalidad, terminaremos nuestra tesis dejando establecida la esterilidad de nuestro esfuerzo, por la imposibilidad material de sustentarlos en hechos claros e indiscutibles.

2.3. Teorías de la responsabilidad extracontractual

2.3.1. Teoría del daño.

La comprobación de que la responsabilidad extracontractual es una institución histórica y de que sus principios no son universales, sino que responden a las preocupaciones de una época, nos devuelve la capacidad de juicio. Dado que estos principios organizativos de la institución surgen en función de una problemática concreta, es importante evaluar el principio que introduciremos en un nuevo Código en función de las circunstancias de la vida social en que se aplicará; deberá responder a las realidades, convicciones y problemas de nuestra época y no a las preocupaciones de los Romanos (quienes, por otra parte, como excelentes juristas, eran muy conscientes de sus circunstancias inmediatas, a diferencia de algunos de sus modernos admiradores).

La responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos.

Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas -aun si no ha llegado a producir desafíos- o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no.

Como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.). Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que ésta otra lo soporte.

Notemos que obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el Derecho Civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico. De ahí que el Derecho haya explorado ciertos principios que permiten justificar la transferencia del peso económico del daño.

2.3.2. Teoría de la culpa.

La primera de esta teoría justificatoria corresponde a la mentalidad liberal predominante en la época en que nace la responsabilidad extracontractual moderna, es la llamada responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, según la cual el peso económico del daño debe trasladarse al causante si éste ha obrado dolosamente o con imprudencia o descuido.

De acuerdo a este principio, cuando miramos en derredor desde la perspectiva de la víctima que busca satisfacción, al primero que encontramos es al causante del daño; y si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante "decidió" no tomar las precauciones debidas (es decir, pudo hacerlo y no lo hizo); y, como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los

efectos nocivos que se deriven de esa conducta. Hay un acento en el rol de la voluntad y de la libertad individual, que se manifiesta aún a través de la negligencia.

Existe, pues, una buena razón para el desplazamiento del *oneris* económico. Si, por el contrario, el daño se produjo debido a circunstancias fortuitas que escapaban al control de la voluntad del causante, no existe justificación para hacerlo responsable y, no habiendo ninguna otra persona en quien hacer recaer dicha carga económica, ésta tiene que ser soportada exclusivamente por la víctima.

2.3.3. Teoría subjetiva.

La teoría subjetiva, heredera moderna de las reflexiones medievales sobre el pecado, ofreció desde el primer momento muchas dificultades.

En términos rigurosos, se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban al alcance del sujeto para evitar el daño. Este es el sentido moral de la responsabilidad: si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay moralmente culpa.

Algunos autores alemanes, en un prurito de rigor y de escrúpulos, pretendieron trasladar al Derecho este concepto de culpa derivado de la moral, absolutamente subjetivo y casuístico.

Es por ello que un jurista peruano citando a BRODMANN sostuvo que, “Para haber tenido la obligación de evitar un daño, hay que haber tenido también la posibilidad de evitarlo. Pero el deber de un individuo está en proporción a su inteligencia. A nadie puede pedírsele que sea más listo de lo que Dios lo ha hecho” (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 215).

De esta manera la responsabilidad resulta relativizada e individualizada, sujeta a las posibilidades psicológicas, físicas, culturales y quizá hasta económicas de cada individuo en particular. Pero de esta manera también la investigación de la culpa se hace muy difícil. El análisis jurídico se transforma prácticamente en un análisis psicológico: lo que pudiera ser evitado por algunos individuos de reflejos más rápidos quizá no la evaluación de la culpa moral requiere una *esprit de finesse* que excede la capacidad de investigación del Derecho y lo vuelve inoperante.

Ya en la Edad Media, un juez inglés, con ese espíritu pragmático y esa puede ser evitado por quien tenga reflejos más lentos, luego este último, no es culpable en tales circunstancias, aunque en las mismas circunstancias el primero sí lo sería nota de humor propios del genio anglosajón, decía a este respecto que “el pensamiento humano no debe ser investigado judicialmente, porque ni el mismo diablo sabe lo que piensan los hombres”.

La culpa objetiva. Estas dificultades para introducirse en el alma de los hombres han obligado al Derecho a reducir su análisis de la culpa a niveles más groseros, pero más objetivos, que atienden fundamentalmente a las conductas antes que, a las motivaciones, a los comportamientos socialmente esperados antes que a las posibilidades específicas de cada individuo. El Derecho, sin abandonar todavía la noción de culpa sino para hacerla jurídicamente viable, inventó la ficción del “hombre razonable”, construida míticamente sobre la idea del “buen padre de familia” romano: se trata de un prototipo de ser humano que actúa siempre en la forma más adecuada, dentro de lo razonable; y este hombre inventándose convierte en modelo o patrón para juzgar la conducta de los hombres reales.

Ya el Derecho Romano había advertido que la aplicación de una culpa estrictamente subjetiva e individualizada era prácticamente imposible: en la medida en que avanza la idea

de culpa sobre la idea más objetiva de *inuriae*, no se procede caso por caso a la investigación de aquello que explica la participación de la voluntad efectiva del sujeto, sino que se traza un modelo, un deber ser que quita contenido en el plano psicológico a la referencia a la facultad intelectual y volitiva.

Aun cuando una parte de la doctrina alemana todavía acoge la idea de la apreciación de una culpa in concreto, la doctrina francesa y la doctrina anglosajona se inclinan por la apreciación de la culpa in abstracto, es decir, sin referencia al sujeto específico concreto, sino a una noción abstracta de hombre-tipo a la que los franceses, siguiendo la tradición romanista, llaman “el buen padre de familia” y los anglosajones llaman “el hombre razonable” (el que ejerce un razonamiento).

Es así como, ante un accidente, no se trata de preguntarse si esa persona en particular que es el causante tenía -él mismo- la posibilidad de evitar el daño, sino que simplemente comparamos su conducta con la que habría tenido en esas circunstancias un hombre razonable, un buen padre de familia. Si hay discrepancias entre la conducta real y la conducta “modelo”, ese causante es “culpable”, luego responsable. La teoría de la responsabilidad subjetiva como única explicación de la obligación de reparar era quizá discutible como principio desde que fue ideada; pero cuando menos podía funcionar adecuadamente con la “corrección” de la objetividad en la culpa- dentro de un mundo todavía simple como el de los siglos pasados, donde los riesgos de accidentes eran pocos y de una naturaleza tal que la negligencia podía ser fácilmente establecida.

Pero la industrialización, las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo. ¿Además, los nuevos riesgos tienen una naturaleza elusiva debido a su

complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable, si existe alguno, cómo pedirles a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aun cuando ésta sea objetivamente considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración? en circunstancias tales.

La investigación de la culpa se convertía a pesar del objetivizante recurso a la comparación con el patrón de conducta esperada, en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía, por lo general, a que las víctimas no alcanzaran resarcimiento alguno.

En el Perú, un jurista de mirada aguda y larga denunció tempranamente las dificultades de mantener el principio de la culpa en todos los casos. Manuel Augusto OLAECHEA, ponente del título correspondiente del Código de 1936, decía (sin ser debidamente escuchado): Si se examina el proceso de las ideas jurídicas, observamos una interesante evolución: la responsabilidad principia por tener en Roma un carácter netamente objetivo y poco a poco incide en el concepto de imputabilidad: la falta, vale decir la culpa, sirve de base a la doctrina, que queda así transformada de real en subjetiva (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 245).

La culpa aquiliana o el cuasi delito traduce una especie de pecado jurídico. Esta concepción subjetivista domina en el curso de los siglos. Realiza una confusión entre los puntos de vista penal y civil, y es verdaderamente arcaica en una época como la actual en que el problema de la responsabilidad no puede ser una simple cuestión de conciencia sino también de orden económico. Y concluía con una suerte de declaración de guerra al

subjetivismo: “No concibo el sistema tradicional. Entiendo menos la lucha para sostenerlo. Este sistema no es social, ni cristiano, ni justo”.

2.3.4. Teoría de la culpa objetiva.

Todo ello llevó a una mayor objetivación de la responsabilidad por dos caminos: uno más tímido, más tradicional; otro más osado, pero también más espinoso.

El primer camino pretendió mantener la fidelidad al principio de la culpa. Ya hemos visto cómo este principio había sufrido una primera objetivación casi de inmediato al establecer el patrón objetivo del hombre razonable; podíamos hablar así de una “culpa objetiva”. Ante las nuevas dificultades se da un paso más allá y se establece que la carga de la prueba corresponde a quien pretende liberarse de la responsabilidad: es éste quien debe acreditar que obró sin culpa.

Así, sostiene que es el demandante quien debe probar lo que afirma. La teoría subjetiva clásica establecía que la víctima debía probar la existencia del daño y además la culpa del causante que justificaba que se le trasladara las consecuencias económicas de tal daño.

En cambio, a partir de la inversión de la carga de tal prueba, la víctima se limita a probar el daño y el hecho de que una determinada persona fue causante del mismo; y es el causante quien debe probar la ausencia de culpa de su parte si quiere evitar el pago de una indemnización. Nótese cómo la inversión de la carga de la prueba funciona como una presunción *iuris tantum* generalizada de culpa: todo causante es, de primera intención, culpable.

El segundo camino adoptó una dirección parecida, pero intentó formularla como un nuevo principio de responsabilidad. Esta nueva formulación del principio de responsabilidad

fue denominada “responsabilidad objetiva” porque sólo atiende a los hechos del caso (al nexo causal) sin que sea necesario preguntarse por la paternidad moral -la culpa del daño.

La discusión sobre la culpa no requiere ya ser planteada por el demandante (como en la formulación clásica del principio subjetivista) ni tampoco puede ser alegada por el demandante para liberarse de responsabilidad (como sucedía en la inversión de la carga de la prueba): demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo.

Evidentemente, este nuevo principio facilitó en forma extraordinaria la reparación de las víctimas, sin que éstas tuvieran que recurrir a proezas judiciales en materia de probanza ni a farragosos juicios en los que la bizantina discusión sobre la culpa aparecía como un engorroso *leit motiv* que retardaba el pago de la justa compensación, ya sea porque fuera planteada por el propio demandante como fundamento de su acción (responsabilidad subjetiva sin inversión de la carga de la prueba), ya sea porque fuera planteada por el demandado como defensa (responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba).

Sin embargo, la responsabilidad objetiva no resolvió de manera adecuada el problema moral y filosófico de explicar la razón o justificación por la que el causante tenía que convertirse en segunda víctima (de carácter económico) del accidente, aun en los casos en que éste puede probar que no tuvo culpa alguna.

Es por ello que algunos juristas conservadores, aun cuando eran conscientes de la necesidad de reformular el principio liberal de responsabilidad, se resistían a abandonar la idea de culpa porque, desde su punto de vista individualista, esto significaba el abandono de toda eticidad en la apreciación de la conducta.

De igual visión, acogiendo las ideas de juristas franceses, ha expresado su nostalgia por la culpa en estas palabras:

“Escriben los juristas: debernos abandonar la idea de culpa, es una idea anticuada, el progreso la ha sustituido por la idea del riesgo. ¿Se atreverían a escribir: debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien y decirle: ¡Pórtate como quieras, a tus propios riesgos y peligros, pero si dañas a otro tendrás que pagar!. Sin embargo, eso es lo que enseñan y creen firmemente quienes ayudan de esta manera al progreso del Derecho” (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 188).

Así como los que defienden la necesidad de la culpa (aunque admite excepciones para el caso de daños producidos mediante bienes o actividades peligrosas) porque:

“los actos humanos están sometidos a juicios estimativos, de mérito y de demérito, según que se procede bien o mal, pues la vida humana no está regida por la ley de causalidad, sino que tiene un sentido teleológico, ya que de otra manera no habría manera de calificar al ser humano como un sujeto de responsabilidad ética” (Taboada Cordova, 2001, pág. 121).

Es de advertirse que de alguna manera la responsabilidad objetiva tiene todavía algún fundamento en la culpa; sólo que atribuye culpa a todo causante y no le da oportunidad de demostrar lo contrario. Así la responsabilidad objetiva es una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada. Pero este mismo resabio de culpa es lo que la hace ininteligible: si en principio se paga porque es culpable, ¿por qué no se nos permite demostrar que no lo somos? La responsabilidad objetiva impone una culpa irrefutable sobre todo causante; lo que parece contradictorio y hasta inmoral.

En vista de ello, algunos juristas pretendieron fundada moralmente en el riesgo creado por el causante: el que realiza una actividad para beneficio propio (en sentido lato y no comercial), está creando un riesgo y debe responder por él.

Pero si bien esta teoría puede tener mayor aplicación en el caso de ciertas actividades (plantas de energía nuclear u otras anormalmente riesgosas), no parece justificar adecuadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes rutinarios -aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosos- donde tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho: el conductor que se dirige en su vehículo a su oficina y el peatón que sale de su casa y cruza la autopista para comprar una botella de cerveza, ambos realizan actividades que crean riesgos en provecho de ellos mismos; y no parecería que hubiera razón sólida alguna para preferir a uno a costa del otro.

La única respuesta a esta objeción consiste en ingresar en una casuística muy compleja para establecer cuáles actividades son “más” generadoras de riesgos que otras. Pero por ese camino podemos perdernos en sutilezas de apreciación tan complicadas y escolásticas como la evaluación de la culpa y, en algunos casos, entrar en un callejón sin salida.

Por consiguiente, la teoría objetiva así fundamentada se convertía ya sea en un expediente para obtener la reparación de la víctima a cualquier precio teórico, sin preocuparse mayormente de la justificación para que tal persona en particular sea obligada a pagar el daño, ya sea -paradójicamente- en un medio para eliminar la responsabilidad extracontractual e impedir la reparación de las víctimas si llegamos a la conclusión de que todos realizamos de alguna manera actividades riesgosas en nuestro propio beneficio por lo que debemos asumir personalmente tales riesgos.

2.3.5. Teoría del énfasis en la víctima.

Estas consideraciones dieron origen a una reflexión más profunda de la responsabilidad extracontractual a la luz de sus objetivos actuales y dentro de las circunstancias concretas en que se producen los daños en el mundo contemporáneo.

Es así como se tomó más acentuadamente consciencia de que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar: por tanto, el centro de preocupación está en la víctima y no en el causante. Este último será sancionado administrativamente con multas o suspensión de su licencia de conducir o podrá ser quizá hasta enjuiciado penalmente. Pero al Derecho Civil le interesa más bien aliviar a la víctima en los aspectos económicos del daño.

2.3.6. Teoría de la responsabilidad de la sociedad.

Se reconoció que el peso de los daños producidos por dolo y culpa inexcusable debe recaer sobre el culpable con el objeto de intimidar a quienes pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias, sea por imprudencia imperdonable, sea para evitar un mayor costo económico o para obtener una ventaja material. Pero también se advirtió que paralelamente a esos daños de "padre" claramente conocido existen actualmente un sin número de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que es la sociedad toda la que quiere aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos.

En estos casos, que constituyen quizá la mayor parte de los accidentes en el mundo actual, parecería que es también la sociedad toda la que debe de alguna manera contribuir a la reparación de la víctima. Sin embargo, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva sólo

toman en cuenta al causante directo y a la víctima: tratan la responsabilidad extracontractual como una relación interindividual, sin considerar los aspectos sociales que entran en juego.

El sistema de la responsabilidad extracontractual, ya sea que se adopte el principio subjetivo o el objetivo, opera como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: OFF (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad en el causante) y ON (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste). Sin embargo, en gran parte de los accidentes actuales parecería que la sociedad toda debe ser de alguna manera responsabilizada y el problema no puede quedarse dentro de los estrechos límites de la relación causante-víctima, sino que tiene que procesarse socialmente.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el juez tiene muy graves escrúpulos de conciencia para atribuir la culpa a uno o a otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida.

Y es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que otro automóvil se cruce ante nosotros, se produce un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta una combinación entre una falta humana estadísticamente inevitable y el azar.

Notemos que, si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, intervención del azar), el

“culpable” de descuido no es sancionado por la responsabilidad extracontractual; lo que prueba que el sistema de responsabilidad extracontractual no está orientado a la sanción de una falta sino a la reparación de un daño.

¿Podemos hablar todavía seriamente de la culpa como elemento decisivo de la responsabilidad cuando, a pesar de que existe un culpable (alguien que ha cometido un descuido o una imprudencia), éste no es penalizado sólo porque tuvo la suerte de no cometer ningún daño? La responsabilidad extracontractual sólo entra en acción si existe víctima; lo que significa que es la víctima el centro en torno al cual gira la responsabilidad extracontractual (y no el culpable) y que es la reparación lo que constituye el objetivo fundamental de todo el sistema (y no la sanción).

Esta participación de la sociedad en la comisión del daño -que lleva a diluir socialmente la idea de culpa del causante directo- es particularmente patente cuando advertimos que, en muchos casos, la sociedad pudo disponer las cosas de manera de evitar que se produzca el daño, pero no lo hizo porque esperaba obtener ciertos beneficios del riesgo.

Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución. Por ejemplo, no habría accidentes de automóvil si se prohibiera el uso de automóviles; menos radicalmente, los accidentes automovilísticos no causarían prácticamente lío alguno si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 km. por hora y que no cuenten con bandas de algodón y de jebe en todo su contorno que hagan inofensivas las colisiones. Es posible evitar así casi totalmente las muertes producidas con ocasión del tránsito vehicular. Pero la sociedad no quiere hacerlo porque prefiere que se produzca un cierto porcentaje de muertes, estadísticamente inevitables si no adoptamos las precauciones

sociales antes mencionadas, para que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad.

Por consiguiente y siguiendo con el ejemplo anterior no sólo los conductores de automóviles sino la sociedad toda se beneficia también con la existencia de vehículos rápidos, que son mayores productores de riesgos pero que tienen ventajas indudables para la manera general de vivir de todos los miembros del grupo social.

Consecuentemente, si la sociedad acepta el riesgo a cambio de los beneficios, debe compartir también parte de la responsabilidad derivada de los accidentes rutinarios (no producidos por dolo ni por culpa inexcusable).

2.3.7. Teoría de la distribución social del daño.

Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada de la distribución o difusión social de los daños.

La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina “distribución del riesgo” (risk distribución). Sin embargo, a través de esta última expresión se pueden entender varias cosas diferentes. De un lado, puede pensarse que se trata simplemente de colocar la carga de los daños en los más ricos, en quienes están en mejor posibilidad de pagarlos.

Esto nos llevaría a una suerte de justicia “a lo Robin Hood”: quitarles a los ricos para darle a los pobres, sin más justificación que el hecho de que unos son ricos y los otros pobres. Esta sería la teoría del “bolsillo grande” (deep pocket o long purse justification).

Una segunda acepción nos conduce a la idea de que los que crean un riesgo deben soportar sus consecuencias, cualquiera que sea su grado de riqueza. Esto nos remite a la teoría del riesgo creado que hemos mencionado al hablar de la teoría de la responsabilidad objetiva.

Una tercera acepción consiste en diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intertemporalmente, de manera que el "responsable" no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico.

Es esta tercera acepción que nos interesa en particular y que consideramos que constituye una posición diferente frente al problema de la responsabilidad por accidentes. Según ella, no se trata ya de buscar a un culpable a quien sancionar ni de crear por razones oscuras una nueva víctima económica frente a la víctima directa.

De lo que se trata en esos accidentes de la vida contemporánea de carácter rutinario (lo que excluye el dolo o la culpa inexcusable), es fundamentalmente de reparar a la víctima y diluir en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular: la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad.

¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos que ofrece la moderna sociedad de mercado: el sistema de precios y la contratación de seguros.

2.3.8. Teoría de la difusión del riesgo a través del sistema de precios.

Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar fabricada defectuosamente y ésta le causa una grave alergia que exige un costoso tratamiento médico y la imposibilita para concurrir a su trabajo por varios días.

La responsabilidad subjetiva clásica exigiría que el consumidor, además de acreditar que el uso de tal crema le produjo la alergia, puede que hubo negligencia en el fabricante de la crema; lo que constituye evidentemente una labor ardua. La vertiente moderna de esa teoría, que invierte la carga de la prueba, atribuiría responsabilidad de primera intención al fabricante; pero liberaría a éste de culpa, y, consiguientemente, de responsabilidad, si prueba que adoptó todas las medidas razonables de control en la fabricación de los productos y que el defecto encontrado posteriormente escapaba a sus posibilidades de conocimiento dentro de los límites de una vigilancia normal del proceso productivo.

Por su parte, la responsabilidad objetiva privilegiaría a la víctima al punto de obligar al fabricante a pagar una reparación sin que su falta de culpa lo exonere; pero la pretendida explicación de que al fabricar tal crema de afeitar ese fabricante creó un riesgo en su beneficio no es correcta, ya que el sujeto que compró la crema para usarla también pensó que se beneficiaría con tal uso.

La nueva teoría de la distribución social de los riesgos atribuiría también responsabilidad irrefutable al fabricante, pero basándola en razones muy distintas: el defecto del producto casi puede ser considerado como un azar, porque nadie tiene realmente culpa de que exista (suponiendo que no haya mediado dolo ni culpa inexcusable); pero el fabricante es la parte que está en mejores condiciones de diluir ese costo en el todo social a través de un incremento de los precios.

En otras palabras, el fabricante puede calcular el riesgo estadístico de que ciertos productos salgan defectuosos a pesar de todo el control aplicado e incluir ese costo probable en el precio del artículo; de modo que todo el que compra la crema de afeitar está de alguna manera garantizando la posibilidad de una reparación para aquél miembro de la comunidad

de usuarios que tiene la mala suerte de que le toque precisamente el producto defectuoso que escapó a todo control.

Como se puede apreciar, ese fabricante no es un “responsable” propiamente dicho porque no se espera que él soporte íntegramente el peso del daño; es más bien un canal para difundir tal peso económico entre la sociedad a través del sistema de precios. De esta manera, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

La difusión del riesgo a través del seguro. El mecanismo del seguro es similar al descrito anteriormente, pero tiene un mayor grado de institucionalización. Aquí la difusión de la carga económica del daño se realiza a través de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables, tales como los accidentes de automóviles.

Este seguro permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del daño entre todos los asegurados a través del pago de las primas. No se trata ya de buscar culpables sino simplemente, aceptando que en los accidentes rutinarios no hay propiamente culpa de nadie (en el sentido fuerte del término) y que la propia sociedad admite tales riesgos para beneficiarse con las ventajas que conllevan, se persigue reparar a las víctimas dentro de un esfuerzo social institucionalizado, sin producir una nueva víctima de carácter económico: el “culpable” o el “causante”, según se fundamente en la teoría subjetivista o en la objetivista; es decir, aquél que debe pagar individualmente el costo del daño.

2.3.9. Teoría de la difusión del riesgo y prevención del daño.

Claro está que es preciso tener en cuenta, adicionalmente al propósito reparativo de la responsabilidad extracontractual, los efectos erradicativos. En verdad, aun cuando en nuestra opinión la erradicación del riesgo no constituye la función principal de la responsabilidad extracontractual, no puede negarse tampoco que este mecanismo jurídico puede contribuir de manera bastante importante a lograr ese otro objetivo social.

Colocando el acento en la erradicación, ha pretendido conciliar este objetivo con la reparación socialmente difundida. Para este autor, no basta con eliminar los "costos secundarios" (reparar el daño) del accidente, sino que también es preciso intentar reducir los "costos primarios", es decir, el accidente mismo. Esto significa que algún tipo de incomodidad debe ser sentida por aquéllos que más fácilmente podrían evitar la producción del riesgo, a fin de incentivar en ellos una actitud que lleve a controlar al máximo tal producción. De ello deducimos que cuando menos el importe de las primas de seguros debe ser cargado a ese tipo de actores de la vida social (Calabresi, 2011, págs. 13-27).

Parecería que regresamos de esta manera nuevamente a la teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, así como a todas sus dificultades. Sin embargo, la diferencia fundamental estriba en que:

“Dentro de la perspectiva que venimos desarrollando, el énfasis no está colocado en la creación física del riesgo sino en la posibilidad económica de evitarlo. En vez de una apreciación gruesa y empírica sobre si crea más riesgo poner un automóvil en circulación o salir a caminar distraídamente por las calles, proponiendo un sofisticado análisis

económico para determinar quiénes son los que deben asumir el pago del seguro” (Calabresi, 2011, pág. 48).

El principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgos. El productor se está beneficiando por el hecho de crear un riesgo y de no cargarlo a sus costos, sino simplemente abandonarlo a los usuarios.

Es verdad que si el peso económico del daño (es decir, el monto de las primas del seguro, dentro del mundo actual) es incorporado al costo del bien o servicio, el productor lo trasladará al precio y se resarcirá de ello. Pero su bien o servicio será más caro; y, a través de la ley de la oferta y la demanda, el público decidirá si siempre tiene todavía interés en tal bien o servicio a su costo real, es decir, incluyendo su incidencia de daños probables.

Si el precio se eleva demasiado y disminuye la posibilidad de venta del bien o servicio, el productor tendrá interés en estudiar alternativas que reduzcan la posibilidad de accidentes (costo primario) y, consecuentemente, reduzcan las primas a pagar (costo secundario), lo que lo llevará a una reducción de sus costos de producción.

Como puede apreciarse, lo importante para que este mecanismo erradicativo funcione es que no se permita al productor "externalizar" sus costos, es decir, retirarlos de su estructura de precios y trasladarlos al usuario por caminos ajenos al mercado. Esto último sucede cuando el productor del bien o servicio no toma en cuenta la posibilidad de accidentes derivados de su actividad productiva y el sistema de responsabilidad extracontractual remite estos costos a otras personas (la propia víctima, un tercero o, sólo en ciertas circunstancias, el propio productor).

El Derecho debe, más bien, obligar a una “internalización” de los costos, a exigir que cada productor contabilice las posibilidades de accidentes derivadas del riesgo del bien o servicio, de manera que incidan en su precio final.

Dentro de este marco conceptual es posible comprender por qué, por ejemplo, los atropellos automovilísticos deben ser cubiertos por seguros de los propietarios de automóviles y no por seguros de los peatones. Ambos sistemas podrían resolver el problema de la difusión del riesgo: si los propietarios de automóviles son obligados a asegurarse, serán ellos quienes cargarán ese costo adicional de las primas de seguro a las actividades económicas que ellos realizan y así difundirán el riesgo; si los peatones son obligados a asegurarse, harán lo propio y también difundirán el riesgo.

Pero es indudable que el propietario de un automóvil puede contribuir más fácilmente y a más bajo costo a evitar daños a peatones, que lo que pueden hacer los peatones mismos: los propietarios tienen un cierto control sobre la potencialidad riesgos a del automóvil, ya que están en aptitud de revisar periódicamente sus frenos y su dirección, usar llantas en buen estado, contratar choferes expertos, conducir a baja velocidad, etc.

Ahora bien, si por el contrario obligamos a los peatones a que se aseguren y no a los automovilistas, el seguro del peatón no afectará el costo de poseer y conducir un automóvil; consiguientemente, los automovilistas no tendrán interés en buscar alternativas (las medidas de precaución antes mencionadas) que les reduzcan un costo que ellos no tienen. En consecuencia, aun cuando la reparación (el costo secundario) estaría garantizada, el accidente mismo (el costo primario) no sería controlado. Esto haría además que las primas de seguro del peatón fueran más altas de lo que podrían ser si los automovilistas adoptaran precauciones.

Por otra parte, manejar automóvil sería una actividad que se realizaría por debajo de su costo (ya que el costo de los accidentes habría sido transferido al peatón) y ello sería un incentivo para el uso del automóvil; lo que a su vez aumentaría los costos del peatón debido a que aumentarían las primas en razón del incremento del número de automóviles peligrosos.

A todo ello hay que agregar que, para ciertas personas, las primas no son transferibles porque las actividades económicas que realizan tienen precios rígidos que no permiten un aumento fácil. Por ejemplo, el propietario de un automóvil que es empleado y no empresario, tendrá dificultades para exigir un mayor sueldo atendiendo a este mayor costo de las primas. Pero también tendrán esta misma dificultad algunos empresarios que no pueden aumentar proporcionalmente el precio de los bienes o servicios que producen debido a limitaciones del propio mercado o a medidas administrativas.

En principio, siempre que el mercado no es perfecto, la incidencia de la prima de seguro tiende a quedarse en quien está obligado a contratar el seguro. En estos casos, el mecanismo del seguro cumple su papel de difundir la mayor parte del peso económico del daño cuando menos entre el total de los asegurados; pero ese peso residual constituido por la prima misma de seguro queda en quien mejor podría evitar la producción de estos daños y así tiende a erradicarlos.

Por consiguiente, podría argumentarse que la ausencia de un mercado perfecto hace aún más eficaz la solución a través del seguro porque logra establecer una proporcionalidad entre dos propósitos sociales que podrían presentarse como contrapuestos: de un lado, la disolución o difusión del daño debido a que se tiene consciencia de su carácter social; de otro lado, la erradicación de las fuentes de daños, debido a que también se tiene consciencia de que, aun

cuando el riesgo ha sido creado socialmente, hay contribución de algunos individuos que, pudiendo adoptar ciertas precauciones, no lo hacen.

Este efecto se hace aún más notorio si las Compañías de Seguros establecen, como es usual, primas diferenciadas en razón del riesgo y de las precauciones asumidas: quien no tenga accidentes en un año, puede pagar una prima menor en el año siguiente; quien tiene su automóvil en mejores condiciones, puede tener también derecho a una reducción de la prima. En esta forma, la asignación de la obligación de asegurarse a quien mejor puede controlar o atenuar el riesgo, cumple una función erradicante.

Finalmente, insistimos en que la finalidad de la responsabilidad extracontractual es eminentemente reparativa. Por tanto, no debe esperarse de ella un papel erradicativo muy grande. Para cumplir este otro propósito social, existen áreas del Derecho más eficientemente preparadas. Por ejemplo, el Reglamento de Tránsito prevé multas y otras sanciones para quienes conduzcan a velocidad excesiva o para quienes no cumplan con un mínimo de revisión técnica anual de sus vehículos, etc. Todo ello no tiene otro objeto que evitar que se incrementen innecesaria o intolerablemente los riesgos sociales. La prevención del daño está, pues, fundamentalmente a cargo de normas ajenas al Derecho Civil.

2.3.10. Teoría del sistema y estadística.

Utilizando las categorías de Steiner (1983), podríamos decir que la percepción clásica de la responsabilidad es diádica, mientras que la percepción actual es sistémica y estadística.

Por percepción diádica debemos entender aquella que configure el accidente como un hecho que relaciona dos unidades individuales, como un par: el “responsable” (culpable o causante, según se trate de responsabilidad subjetiva u objetiva) y la víctima. En este sentido,

"par" no implica una relación permanente o continua sino simplemente una vinculación de naturaleza correlativa, que puede tener un carácter absolutamente accidental. En cambio, la percepción sistémica coloca a los diferentes participantes del accidente (causante, víctima, seguro, etc.) como partes interrelacionadas de un esquema más amplio y social: son elementos de un contexto de relaciones entretejidas.

La visión diádica es miope y no logra comprender adecuadamente el accidente, porque el contexto social no deja de estar presente en éste aun cuando se lo perciba como un hecho que sucede sólo entre el responsable y la víctima. Asumida una óptica diádica, ni la doctrina ni los jueces perciben la dimensión social del accidente porque no tienen la visión adecuada; pero esta dimensión no desaparece con cerrar los ojos: es un ingrediente esencial del mismo. Las Cortes y la teoría jurídica imaginan usualmente los accidentes como eventos aislados, discretos; no comprenden las conexiones de estos fenómenos con la vida de la sociedad.

Esta misma configuración del accidente como hecho privado impide a las teorías clásicas (sean subjetivas u objetivas) la consideración del accidente como una categoría estadística. La percepción clásica ve el accidente en sus aspectos anecdóticos, mientras que la percepción actual lo ve como un fenómeno recurrente y medible estadísticamente.

Es probablemente debido a esas diferencias de perspectiva que la responsabilidad extracontractual tradicional sólo se preocupa del caso concreto y se limita a una estrecha concepción judicial del daño.

En cambio, la responsabilidad extracontractual moderna, tomando consciencia de la naturaleza social del problema, amplía el campo del Derecho Civil y no vacila en recurrir además a otras áreas jurídicas para, entre todas, intentar administrar el riesgo, domesticarlo,

calcularlo socialmente y establecer también socialmente los mecanismos de prevención (básicamente por la vía administrativa y por la vía penal y, en forma menor, por la vía civil) y de reparación (a través del Derecho Civil y de los medios del mercado: seguros, precios, etc.).

2.3.11. Teoría de la responsabilidad extracontractual y teoría económica.

Responsabilidad y riqueza personal. El primer acercamiento entre la situación jurídica derivada del daño y las consideraciones de carácter económico que envuelven a las partes, se ha basado en una comprobación simple: el agente y la víctima no tienen necesariamente la misma capacidad económica; por consiguiente, cuando existe una manifiesta desigualdad, el Derecho no puede ignorar este hecho que forma parte del tejido de la situación jurídica.

Esta consideración de la riqueza relativa de las partes con el objeto de determinar la responsabilidad puede fundarse en justificaciones muy diferentes. De un lado, es posible utilizar un razonamiento estrictamente utilitario y aplicar la teoría del costo y del beneficio marginal. Dentro de esta línea, se dirá que quien tiene más dinero puede soportar mejor el daño y perjudicarse menos con ello, que quien tiene menos dinero: la víctima directa “económica” (el responsable) es menos víctima si tiene más dinero.

Puede plantearse un ejemplo extremadamente simplista, pero ilustrativo: si una persona tiene un solo vehículo, será catastrófico para ella si lo pierde en un accidente (caso de que sea la víctima) o si tiene que venderlo para pagar el valor de un automóvil a la persona con quien ha chocado (caso de que sea señalado como responsable); en cambio, si la persona tiene diez automóviles, la pérdida física de uno o de su valor no afectará gravemente su vida ni su comportamiento económico futuro.

Por consiguiente, cuando los legisladores establecen las reglas de responsabilidad o cuando los jueces las aplican, sostienen algunos, deben tener en cuenta este orden de consideraciones a fin de que el peso económico del daño recaiga (o permanezca, en el caso de la víctima) en quien tiene mayor capacidad para absorberlo, ya que ello será lo menos disruptivo económicamente.

Otros sostienen que la atención a la relativa riqueza de las partes se funda en una razón de orden político-social: siendo la igualdad un ideal, es preciso aprovechar cualquier ocasión para producir un efecto redistributivo que tienda a minimizar las diferencias de fortuna. Dentro de esta línea de razonamiento, el accidente y su reparación se convierten en instrumentos de una política de redistribución de la riqueza.

En consecuencia, siempre que se produce un accidente, hay que cargarle el peso económico del daño a la parte más rica a base del expediente de hacerlo responsable (si es agente) o de hacerle soportar dicho peso negándole el derecho a exigir indemnización (cuando es víctima). De esta manera se harán menos ricos a los ricos y menos pobres a los pobres, con lo que se avanza hacia el ideal igualitario.

Una tercera eventual fundamentación puede tener un carácter moral y basarse en un sentido de solidaridad “a la Robin Hood”: no es que se proponga una nivelación de fortunas, sino simplemente se postula que los ricos deben ayudar a los pobres y por eso tienen obligación de cargar con las desgracias sociales.

Por último, es posible introducir el factor riqueza dentro del razonamiento únicamente por razones prácticas: si se atribuye la responsabilidad al más rico, hay más garantía de que la víctima sea efectivamente indemnizada.

2.3.12. La teoría económica repensada

Los planteamientos que hemos expuesto están asentados sobre un presupuesto fundamental: que el mercado pueda funcionar sin ninguna traba y basado exclusivamente en un razonamiento utilitario. Sin embargo, ésta no parece ser la situación real.

CALABRESI denuncia esta falta de correspondencia de la situación teórica con la situación real. Es verdad, dice, que si se asume que la conducta es siempre racional, que las transacciones no implican costo y que no hay restricciones legales para el mercado y para la libre negociación, toda distribución defectuosa desde el punto de vista de PARETO (ya sea porque el reparto original era defectuoso o porque se produjo una situación posterior -un accidente- que modificó el status económico de las partes), será “curada” por el mercado a través de las negociaciones o transacciones subsecuentes (Calabresi, 2011, pág. 15).

Por ejemplo, si el costo de un artefacto que impida que el humo de las fábricas deteriore el trigo de los agricultores vecinos es más barato que producir un trigo resistente al humo, los agricultores tendrán interés en pagar a las fábricas ese costo para que instalen el aparato; y a su vez los agricultores cargarán este costo al precio del trigo.

Si, en cambio, es más barato producir una variedad de trigo resistente, los agricultores no querrán pagar nada a los fabricantes por el dispositivo anticontaminante y preferirán invertir una suma menor en una solución propia. Pero, agrega, no existe nunca una situación tan fluida en la que todo pueda ser cargado al mercado y donde la transacción misma no suponga un costo que crea una distorsión del sistema (Calabresi, 2011, pág. 52).

Dado que la sociedad está formada por un gran número de personas y que no todas tienen igual capacidad para negociar, las bases sociales de toda la construcción teórica propuesta se resienten cuando son confrontadas a la realidad. Muchas personas están en una posición negociadora débil, ya sea porque tienen patrones culturales que las limitan o porque su ubicación dentro del mercado no les permite trasladar el costo del daño a su propia actividad o porque existen costos de oportunidad que no pueden afrontar. En estas condiciones, el reparto original de bienes y de posibilidades o las intervenciones posteriores del Derecho, influyen notablemente en los resultados de las transacciones recíprocas.

Veamos el caso de los accidentes de trabajo. La teoría dice que no importa en quién recaiga el peso económico del daño porque el mercado se encargará de distribuirlo adecuadamente: si recae en el trabajador (es decir, si el empleador no tiene obligación de resarcir el daño sufrido), los trabajadores exigirán al empleador una suma mayor por concepto de salario con el objeto de “auto-asegurarse”; si cae en el empleador, los fabricantes colocarán esta incidencia como parte del costo y los trabajadores tendrán que pagarla dentro del precio de los artículos que compran.

Pero si analizamos la realidad, este razonamiento no es exacto. Cuando no existía seguro de accidentes de trabajo, el trabajador no tomaba en cuenta el riesgo para establecer el monto del salario que pedía por su trabajo; y, en la mayor parte de los casos, tenía que aceptar el salario que le daban o se quedaba sin trabajo y se moría de hambre.

Mishan (1967), señala también sus reservas sobre la tesis de que el Derecho es en última instancia irrelevante en la asignación de lo que le corresponde a cada uno. La ley, según obligue o no obligue a pagar los daños originados por una determinada acción, determina en quién recae el esfuerzo de negociación. Si la ley hace responsable al industrial que

arroja sus desagües químicos al río, por los daños causados a agricultores que riegan sus campos aguas abajo, entonces será tal industrial quien tendrá que intentar comprar a los agricultores su derecho a demandar: tendrá que ofrecerles una suma que les haga económicamente soportable el hecho de recibir aguas contaminadas (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 305).

En cambio, si la ley no le atribuye ninguna responsabilidad sobre la base de que se trata de daños indirectos o de cualquier otra argumentación jurídica, entonces serán los agricultores quienes tendrán que intentar comprarle al industrial su derecho de contaminar: le ofrecerán una suma que le haga económicamente rentable en colocar un dispositivo de purificación de los desagües antes de que sean arrojados al río.

El hecho de que el orden jurídico reconozca el derecho del ciudadano a usar aguas no contaminadas, a la ausencia de ruidos molestos, a disfrutar de aire puro, etc. coloca la carga del compromiso económico en quienes pretenden destruir estas condiciones y abre mayores responsabilidades de negociación a los afectados.

Hay un argumento más en contra de la teoría reseñada -aún sin entrar en los problemas filosóficos y éticos que ella encierra. Para establecer el verdadero funcionamiento del mercado en cada caso, haría falta una enorme cantidad de información. Si se quisiera simplemente analizar el tipo de transacciones en cascada que conducirían al óptimo de PARETO a partir de un accidente de automóvil, sería necesario reunir una inmensa cantidad de datos; y hasta ahora no se ha intentado un análisis completo de ese tipo (Calabresi, 2011, pág. 19).

Pero los abogados no pueden esperar hasta tener una seguridad completa para actuar. Mientras que los economistas, al menos, los economistas neo-liberales, tratan de matematizar las situaciones y moverse en un mundo de verdades establecidas y vinculadas entre sí mediante situaciones, los abogados se mueven en el mundo de lo meramente probable. Pero como el mundo probable es el de todos los días, los abogados están más cerca de la realidad que esos esquemas económicos abstractos.

Por otra parte, en este mundo de todos los días la gente tiene otros intereses al margen del beneficio económico: la gente cree también en la justicia y en un conjunto de valores culturales o morales que quiere que sean realizados, independientemente de su relación costo/beneficio. El abogado no puede ceñirse simplemente a una racionalidad hipotética, sino que tiene que ayudarse en su labor con un ejercicio adivinatorio (guess work) sobre lo que son realmente los hechos y sobre lo que la gente realmente quiere.

Por todo ello, mientras que para COASE (1960) la menor intervención del Gobierno y del Derecho es usualmente lo mejor, para CALABRESI (2011) las cosas se presentan de manera bastante más compleja. De ahí que aun cuando en teoría el mercado bajo ciertas condiciones puede controlar las diferentes situaciones y lograr un óptimo, en la práctica no se puede abandonar todo al mercado porque carecemos de los datos sobre su operación en la realidad, sobre las condiciones en que realmente está actuando (Calabresi, 2011, pág. 61).

Para CALABRESI (2011), la responsabilidad extracontractual no es un campo aislado del Derecho, sino que sus reglas tienen una estrecha relación con las demás normas, particularmente con las de los Derechos Reales y las del Derecho Penal.

En última instancia, el Derecho es un sistema de protección de intereses individuales que la comunidad considera con “título” suficiente para ser protegidos. Por tanto, básicamente el orden jurídico confronta en primer lugar un problema de “titularidad”. Determinada las bases de tal titularidad, el Derecho se encarga de proteger los “títulos” a través de diferentes grupos de normas (Calabresi, 2011, pág. 63).

En el campo del Derecho Civil, los Derechos Reales protegerán los títulos sobre bienes objetivables (rei), bienes permanentes que están en el comercio de los hombres y cuyo título es oponible a cualquiera; la responsabilidad contractual protegerá los títulos sobre intereses efímeros (duran lo que dura la relación contractual); la responsabilidad extracontractual protegerá los títulos sobre bienes extra comercio, que no pueden ser objeto de propiedad (derecho a la vida y a la salud, a la honra, al goce pacífico de los bienes, etc.), y también las “propiedades” cuando no se atenta contra su titularidad (que es materia de los Derechos Reales) sino contra su integridad física o contra su valor económico (daños y perjuicios).

El Derecho Administrativo colabora con tal protección prohibiendo o alentando ciertos actos que pueden afectar los bienes titulados y administra la comunidad de titulares. El Derecho Penal prolonga una de las funciones del Derecho Administrativo prohibiendo de forma radical ciertos actos que afectarían también muy radicalmente los respectivos derechos titulados.

El problema fundamental consiste, entonces, en determinar las bases de la titularidad y luego definir los mecanismos de respaldo.

Uno de los criterios que puede regir este proceso es el de la eficiencia económica u optimalidad de PARETO (1927). Pero, como hemos visto, CALABRESI (2011) reconoce

-contra lo que sostienen los más fervorosos defensores de la corriente denominada Law & Economics- que la optimalidad funciona de manera diferente según el reparto inicial, porque las transacciones posteriores resultan afectadas por la desigual distribución de riqueza. Además, acepta que hay valores culturales (religiosos, éticos, etc.) (Que muchas veces parecen asumir más importancia que la optimalidad misma (Calabresi, 2011, pág. 70).

Estas ideas informan su teoría sobre los accidentes. En este campo, los individuos son indudablemente titulares de un derecho a gozar de su vida y de sus bienes en condiciones pacíficas y normales. El orden jurídico pretende proteger estos bienes mediante procedimientos que tienden fundamentalmente a evitar que sean afectados; o a que, si lo son, el daño producido sea reparado.

Se distingue tres tipos de costos que se derivan de los accidentes: (a) los costos primarios, que son los resultados directos del accidente: la vida truncada. el miembro perdido, la propiedad dañada, la salud quebrada por la contaminación ambiental, etc.; (b) los costos secundarios, que están constituidos por las sumas de dinero que deben pagarse como indemnización a quienes sufrieron los daños: el peso económico del daño que recae sobre un individuo en particular, ya sea que se le llame “el culpable”, “el agente”, etc.; y (c) los costos terciarios, que son todos los derivados de poner en funcionamiento la maquinaria legal que controla los costos primarios y los secundarios: el costo de prohibir administrativamente una determinada actividad, el costo para la víctima de demandar, el costo para el Poder Judicial de manejar una gran cantidad de juicios de responsabilidad, etc (Calabresi, 2011, pág. 20).

El ideal sería minimizar los tres costos antes mencionados. Sin embargo, estos tres tipos de costos se encuentran interrelacionados y lo que minimiza uno de ellos puede maximizar el otro.

Por ejemplo, no puede pensarse que la sociedad quiere eliminar los accidentes a cualquier precio; hay muchos casos en los que el costo de una medida destinada a evitar un accidente (costo terciario) es demasiado alto y hace imposible su aplicación. Así, es necesario desterrar el mito de que la sociedad protege la vida humana por sobre todas las cosas. “Nuestra sociedad” dice CALABRESI (2011), “no se ha comprometido a preservar la vida a cualquier costo... Se aceptan riesgos que -estadísticamente, por lo menos- tendrán indudablemente un costo en vidas humanas”. De lo que se trata entonces es de saber “cuán lejos queremos ir en salvar vidas y a qué costo” (Calabresi, 2011, pág. 74).

Para combatir los costos de los accidentes puede recurrirse a medidas que operan a través del mercado (general detenerse) y que no prohíben la actividad generadora de accidentes pero obligan a pagar sus consecuencias (reglas de responsabilidad extracontractual) o a medidas que operan administrativamente (especifica detenerse) y que prohíben o limitan la actividad generadora de accidentes (reglamento de tránsito que establecen velocidades máximas, obligación de colocar un artefacto anticontaminante en las chimeneas de las fábricas, prohibición de tener una fábrica de explosivos en el centro de la ciudad, etc).

Habitualmente, los sistemas de responsabilidad extracontractual se combinan con medidas administrativas para combatir o compensar el costo de los accidentes. Y, si se quiere diseñar un método eficaz de minimizar los efectos de los accidentes, es preciso estar muy consciente de esta vinculación entre ambos tipos de medidas.

Por ejemplo, si la acción por daños y perjuicios es demasiado complicada o si es usual que la víctima obtenga judicialmente reparación o que la reparación obtenida sea siempre insatisfactoria (por el tiempo transcurrido o por otras razones), las personas manifestarán una tendencia a contratar un seguro; lo que facilita la reparación del daño (costos secundarios).

Ahora bien, las Compañías de Seguros señalarán primas más ventajosas a quienes tengan automóviles reforzados que resisten mejor las colisiones (en el caso de seguro de automóviles) o a quienes sepan manejar armas. Pero los automóviles reforzados hacen más estragos a los demás automóviles cuando chocan y la difusión del uso de armas en poblaciones hace más insegura la vida en la ciudad; lo que incrementa la producción de daños (costos primarios).

El mismo razonamiento es aplicable al caso de que el Gobierno desarrolle un sistema de seguro obligatorio de accidentes de automóviles; si se opta por seguros de “primera persona” (cada seguro paga los daños propios de su asegurado) en vez de los seguros por “tercera persona” (cada seguro paga los daños de la otra persona involucrada en el accidente), se tienen numerosas ventajas: se culmina la engorrosa investigación de la culpa, la víctima reclama a su propia Compañía de Seguros con la que tiene relaciones habituales, etc.; pero las Compañías de Seguros favorecerán todos los mecanismos que produzcan el daño propio aunque aumenten la peligrosidad de ese automóvil y consecuentemente incrementen la producción de daños.

El peso económico del daño debe ser unidamente colocado en quien es el "más barato evitador del daño" (cheapest cost-avoider). Es preciso decir, “detectar qué actividad o grupo de actividades puede reducir los costos de los accidentes en la forma más barata en términos de valores de mercado, dado que solamente si los costos son atribuidos a esas

actividades puede haber propiamente una decisión adecuada del tipo general deterrence (es decir, vía el mercado) por o contra los costos de los accidentes” (Calabresi, 2011, pág. 21).

El problema análogo para la determinar cuáles actividades pueden reducir 'mejor' los costos de accidentes desde un punto de vista colectivo. En otras palabras, se trata de golpear el mal en su origen, obligando económica o administrativamente a tomar una decisión en contra del accidente a aquél que precisamente es quien puede evitarlo. El responsable será aquél que mejor pueda evaluar el riesgo de accidente, porque es el que mejor puede adoptar las medidas necesarias para evitar que el accidente se produzca.

Esta determinación del cheapest cost-avoider puede hacerse caso por caso o también por categorías de agentes o de actividades: los automovilistas, los que usan máquinas en su producción, los que producen bienes destinados al consumo, los que abren piscinas al público, etc. Dentro de este contexto, el principal objetivo de todo sistema de responsabilidad extracontractual por accidentes tiene que ser la reducción del costo de los accidentes. Pero el sistema debe ser sentido como justo (fair). Propiamente hablando, la justicia no es un objetivo sino una limitación: el objetivo es reducir el costo de los accidentes (en el cual se incluye tanto el disminuir las posibilidades de accidentes como el compensar a las víctimas); y es esto que hay que hacer de manera justa.

CALABRESI (2011) no ignora la naturaleza social del accidente moderno; y, por ese motivo, no deja de ver la necesidad de diluir el peso económico del daño entre la sociedad. Por eso incluso afirma que, complementariamente al principio de hacer recaer la responsabilidad sobre el cheapest cost-avoider, hay que aplicar el principio de que la

responsabilidad debe incidir fundamentalmente en quien mejor pueda asegurarse o auto-asegurarse (Calabresi, 2011, pág. 76).

Este planteamiento pudiera parecer contradictorio: si de lo que se trata es de presionar económicamente sobre quien puede evitar el daño que efectivamente lo evite, parecería que éste debe soportar todo el económico sin diluido a través del seguro o de los precios. Sin embargo, es claro que no sería realista pensar que, dentro de una economía de mercado, aquél a quien se le ha hecho recaer la responsabilidad no va a intentar desplazada a otros mediante alguno de los procedimientos mencionados.

Pero ello no afecta el objetivo de erradicación del daño en la medida en que no vivimos dentro de un mundo de mercado ideal. Las transacciones no son tan fáciles ni tan fluidas como lo supone la teoría: "el precio de muchos productos no puede ser aumentado sin dificultades, el hecho de recibir inicialmente el peso económico del daño -aunque después lo transfiera- implica costos financieros y de oportunidad que a su vez tienen que ser desplazados a los precios; pero todo ello hace cada vez más complejas las cosas.

Por consiguiente, aun cuando el peso del que no pueda ser teóricamente diluido a través del sistema de precios y de ILTN seguros, en la práctica quien lo recibe inicialmente preferiría no haberlo recibido nunca. De esta manera existe siempre una función de deterrence.

Desde su perspectiva fundamental de deterrence, lo que Calabresi no admite es que el costo del accidente sea retirado de la economía tanto del causante como de la víctima mediante un sistema de seguro social general, del tipo de Nueva Zelandia. Mientras el costo del accidente tenga que ser internalizado por el cheapest cost-avoider, aun cuando éste

proceda después a difundido más o menos trabajosamente, el efecto deterrence está siempre presente.

En cambio, dice CALABRESI (2011), “cuando nadie resulta incomodado por el accidente porque un organismo que se encarga de compensarlo, nadie se preocupará tampoco por evitar las causas de los accidentes” (Calabresi, 2011, pág. 77).

Sin que ello signifique que nos inclinemos por un seguro estatal respecto del cual debo confesar mi escepticismo- pienso que esta última conclusión no es del todo rigurosa. Es posible hacer una distinción de los daños intolerables (todos aquéllos que se pueden razonablemente' evitar y no se evitan) y los propiamente accidentes. Los primeros son aquellos que la sociedad puede y quiere evitar.

Para ello, ha establecido medidas de specific deterrence, como la prohibición de conducir por encima de cierta velocidad dentro del área urbana o la obligación de descontaminar las aguas que se arrojan al río, etc. También se encuentran en este grupo los daños causados mediando dolo o culpa inexcusable. Los segundos, los accidentes, son los que no se pueden evitar razonablemente (debido a que su producción misma es colectiva y a que el costo colectivo de evitados sería más alto de lo que la sociedad está dispuesta a pagar).

Podríamos decir que los daños intolerables deben ser internalizados por el cheapest cost-avoider (que en el caso de los daños dolosos o causados mediando negligencia inexcusable será el “culpable”, en sentido clásico) con el objeto de desalentarlo en la creación de la situación generadora del daño, mientras que los propiamente accidentes pueden ser internalizados directamente con el objeto de que su peso sea diluido de la mejor forma posible (ya que no hay forma de evitarlos).

2.4. Marco conceptual

2.4.1. La Historia Clínica.

El paciente - todo paciente, cualquier paciente - tiene derecho a estar informado sobre la evolución de su enfermedad, así como de los diversos aspectos del tratamiento a que ha sido sometido y, por consiguiente, acceder al contenido de su historia clínica. El paciente está, por ello, facultado para solicitar y obtener, en cualquier momento, copia de este documento, así como controlar su contenido y la exactitud de los datos que en él se insertan sobre su persona.

La historia clínica, como se referirá más adelante, contiene toda la información sobre el estado de salud del paciente, sobre la evolución de su enfermedad, así como sobre la actuación del médico o del equipo médico que lo atiende. Su contenido es, por lo tanto, de utilidad para conocer todo lo referente al tratamiento a que se somete el paciente. De ahí que el artículo 169° del Capítulo II del “Código de Ética de la Asociación Médica Argentina” se refiera a la historia clínica como “uno de los elementos más relevantes de la relación Equipo de Salud-Paciente”. Además, en dicho instrumento se enuncia que ella es “de suma importancia por tener carácter probatorio ante la ley y por razones económico-administrativas”.

2.4.2. Finalidades de la Historia Clínica

La historia clínica ofrece la oportunidad de conocer, con precisión, el estado de salud del paciente y sus vicisitudes en cualquier fase del tratamiento a que está sometido. De esta comprobación se deducen las diversas finalidades de este importante instrumento biomédico. La historia clínica cumple varias finalidades dentro del marco de la relación médico-paciente. En las siguientes líneas nos referiremos a aquellas que la doctrina considera como las principales en grado de importancia.

2.4.3. Garantía de un Adecuado Tratamiento por un Equipo Médico

La historia clínica es de notoria utilidad en cuanto instrumento que permite garantizar el adecuado tratamiento del paciente por un equipo médico. Ella tiene una decisiva importancia para el conocimiento y seguimiento, de parte de todos los médicos intervinientes en el proceso curativo, del curso del tratamiento, de los actos y pruebas en él practicadas, de la medicación recetada, así como un conjunto de otros detalles que permiten a los médicos el aprehender un panorama completo y al día del proceso médico en todas y cada una de sus diversas fases.

La historia clínica, integrada y unitaria, facilita conocer la atención dispensada al paciente, si fuere el caso, antes de su internamiento en un establecimiento de salud por médicos independientes, antes del internamiento del paciente en un establecimiento de salud, así como aquella practicada durante esta fase del tratamiento y una vez que el paciente sea dado de alta.

La historia clínica es útil al propio médico tratante que, por lo general, atiende a numerosos pacientes en el establecimiento de salud donde se desempeña profesionalmente. Dicho documento puede utilizarlo para recordar algunos datos que, por dicha circunstancia, no retiene necesariamente en su memoria. Es así que, en ciertas situaciones, la consulta de la historia clínica por el médico tratante es de rigor, así como por aquellos otros facultativos que intervienen en alguna fase y en ciertos actos médicos relacionados con el tratamiento del paciente. Su consulta es siempre necesaria para una mejor y segura atención al paciente (Espinoza Espinoza, 2011, pág. 605).

2.4.4. Verificación por terceros de la calidad y el nivel de atención dispensada al paciente.

Esta finalidad se halla en íntima y esencial relación con la referida en precedencia. La historia clínica es un instrumento que permite verificar, por cualquier médico o perito ajeno al tratamiento, el acierto, la calidad y el nivel de atención recibidos por un paciente internado en un establecimiento de salud o a cargo de un médico independiente. De la lectura de dicho instrumento se puede comprobar, día a día, si el tratamiento ha sido bien conducido por el médico o el equipo médico en todos sus niveles y aspectos.

En ese sentido, es preciso la definición que da la norma técnica de la historia clínica de los establecimientos del sector salud, la historia clínica es el documento médico legal, que registra los datos, de identificación y de los procesos relacionados con la atención del paciente, en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata de la atención que el médico u otros profesionales brindan al paciente.

2.4.5. Conocimiento del Paciente de su Estado de Salud y del Respectivo Tratamiento.

La historia clínica sirve al paciente como fuente permanente de consulta en relación con la evolución de su estado de salud, así como sobre el curso seguido por su tratamiento, pues en ella se anotan, sin excepción y cronológicamente, todos los sucesos referidos a la intervención médica. Por ello, el paciente tiene derecho, si así lo decidiese, a conocer, en cualquier momento del proceso médico, el contenido de su historia clínica.

Sabemos que este derecho, en la práctica, es difícil de ejercitar pues los médicos, por lo general, al no comprender que corresponde al paciente la titularidad del derecho a acceder a los datos personales referidos a su salud contenidos en la historia clínica se muestran, a menudo, renuentes a mostrarla, sin más, al paciente. Estiman, equivocadamente, que la

historia clínica es de “su propiedad” por lo que sólo ellos tienen acceso a ella. Hemos encontrado consenso en la doctrina en cuanto a esta apreciación de la mentalidad y conducta de los médicos en lo que concierne a mostrar la historia clínica al propio paciente.

2.4.6. El Registro y la Historia Clínica.

Desde la historia clínica hipocrática hasta la actualidad ha transcurrido mucha agua bajo el puente, tal es así, que hoy en día, es considerado un documento multidisciplinar, donde una diversidad de profesionales intervienen en su elaboración o registro de las diferentes actuaciones médicas que se realizan a los usuarios que acuden a los centros hospitalarios.

Dicho registro está influenciado y explicado por la Teoría General del Registro, específicamente, con uno de sus principios, como es el Principio de Publicidad. Con este principio es entendida, en términos generales, como la exteriorización de situaciones y relaciones jurídicas de modo permanente, continuo y organizado a través del Registro. Su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de las situaciones y relaciones jurídicas incorporadas al Registro (seguridad estática) y seguridad en el tráfico (seguridad dinámica) derivado de lo inscrito.

Esta explicación, llevado al ámbito de la relación médico-paciente, conlleva a la elaboración o registro de una historia clínica, en el sentido que otorga seguridad en el paciente, de que está recibiendo un tratamiento adecuado por parte de los profesionales, que han inscrito o anotado los actos médicos y demás disposiciones en un conjunto de formatos que finalmente forman su historia clínica.

Empero, cabe precisar que, el Principio de Publicidad Registral no se aplica en el entendido de que dicho historial sanitario pueda ser obtenido por cualquier persona, tal como sucede en nuestra SUNARP, sino que, la obtención se encuentra restringido porque el

documento sanitario pertenece a la institución hospitalaria, siendo necesario su expedición a rogación del propio paciente, un tercero con debida representación, y la propia autoridad judicial en caso de negligencia. La restricción se debe a que, dicho documento contiene información íntima de la salud del paciente, así como, el secreto profesional del que brindo la asistencia, con las excepciones previstas por la ley.

2.4.7. Un Eficaz Medio de Prueba.

En su caso, llegada la oportunidad de esclarecer algún acto o resultado relacionado con la salud del paciente, la historia clínica, cuando ha sido correctamente llevada por los médicos intervinientes en el tratamiento, se constituye en un eficaz medio de prueba. Por ello se le presenta, evalúa y discute en los estrados judiciales, tratándose de situaciones conflictivas sobre cualquier aspecto de la relación médico-paciente.

De ahí el cuidado que deben poner los médicos al elaborarla, sin dejar de consignar, con el mayor rigor, precisión y minuciosidad posibles, todos los hechos referidos al tratamiento médico al que está sometido el paciente.

Los facultativos, al confeccionar la historia clínica, deben considerar que ha de servirles, de ser el caso, como un eficaz instrumento para demostrar que les ha correspondido una actuación impecable en cuanto al tratamiento brindado al paciente. Es decir, ella ha de ser utilizada como un valioso elemento de descargo frente a cualquier imputación de culpa carente de fundamento. Pero, también, en caso contrario, ha de ser de suma utilidad para que el paciente fundamente su reclamo frente a actos médicos que le han causado algún daño en cuanto a su salud.

2.4.8. Finalidad Estadística

Algunos autores encuentran que una de las finalidades de la historia clínica es, también, la de permitir la elaboración de valiosas estadísticas, las que han de servir para la formulación de políticas y estrategias para mejorar la salud pública. En esta eventualidad ha de respetarse, escrupulosamente, de parte de aquéllos que tengan acceso a ella, del derecho a la intimidad que corresponde al paciente sobre los datos contenidos en la historia clínica.

En síntesis, la enumeración de las principales finalidades de la historia clínica, anteriormente expuestas, explica y justifica el que se sostenga, con razón, que “la historia clínica es, precisamente, el documento más importante que existe hoy, desde el punto de vista jurídico”. O, como expresan otros autores, es el ABC del acto médico.

Lamentablemente, se observa en el derecho comparado la ausencia, con algunas pocas excepciones, de dispositivos que fijen los parámetros legales para la elaboración, custodia y conservación de la historia clínica.

2.4.9. Su Contribución a la Investigación y a la Docencia.

La historia clínica es de suma utilidad en los procesos de investigación médica, en la confección de estudios epidemiológicos, como importante fuente para las publicaciones sobre materias médicas, así como en la docencia universitaria.

Los datos obtenidos de las historias clínicas facilitan las tareas de investigación médica destinadas a conocer nuevas enfermedades, descubrir procesos inéditos, profundizar y ampliar los conocimientos existentes sobre determinados tópicos. Los resultados de estos trabajos impulsan el desarrollo y el avance de la ciencia médica.

Como se ha señalado, la historia clínica sirve también en la elaboración de estudios epidemiológicos “de morbilidad, análisis y consecuencias sociales de una determinada

enfermedad, de estudio de las influencias ambientales y laborales en ciertas enfermedades”. Los estudios realizados permiten, como es fácil imaginar, la planificación de la asistencia médica en servicio de la comunidad.

La historia clínica facilita la labor de los profesores que, para efectos de la docencia, pueden exhibir, analizar y criticar casos de la vida real ante sus alumnos, sobre todo aquellos complejos o poco estudiados o conocidos los cuales, por ello, resultan difíciles de diagnosticar. El planteamiento de problemas, las hipótesis que se formulan en torno a estos casos, la aplicación de conocimientos científicos, favorece y enriquece la docencia.

Al respecto, el artículo 77° del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú señala que la elaboración diagnóstica, terapéutica y el pronóstico contenidas en la historia clínica pueden ser utilizados por el médico tratante para fines de investigación y docencia. El médico está obligado, en este caso, a mantener en reserva aquellos datos que permitan la identificación del paciente. La mencionada norma establece que la violación de esta disposición constituye falta ética.

Es obvio que, en todos los casos en que se utilice las historias clínicas para cualquier estudio o para la docencia, se guardará absoluta reserva sobre el nombre de los pacientes involucrados, así como sobre las cuestiones que no guardan relación con el tema materia de la investigación o la docencia.

2.4.10. Descripción de la Historia Clínica.

La historia clínica es un documento de suyo complejo ya que contiene, además de la información medular sobre la evolución de la enfermedad del paciente, de los actos médicos practicados y de la conducta de los facultativos intervinientes en el proceso, un material complementario compuesto por un conjunto de estudios y pruebas realizadas tanto para la

formulación del diagnóstico y el pronóstico como los producidos durante el tratamiento del paciente. Este material complementario está integrado, entre otros documentos, por análisis clínicos, placas radiográficas y tomográficas, ecografías y otras pruebas auxiliares.

La historia clínica, cabe reiterarlo, está constituida por un conjunto de documentos de suma importancia desde que, como se ha señalado, en ellos constan, al detalle, todos los actos médicos practicados, así como todas las incidencias relativas al tratamiento al que se sometió el paciente. La historia clínica es el reflejo de todo lo concerniente a la relación médico-paciente desde el primer al último día del proceso médico. Es así que ella se constituye en una exacta y minuciosa descripción documental de los procesos patológicos que afectan a un determinado paciente.

En la historia clínica, el médico tratante, así como los otros facultativos que hubieren intervenido en el tratamiento deben consignar, con la mayor fidelidad posible, toda la información referente a los antecedentes personales y familiares del paciente en lo que concierne a enfermedades padecidas, vacunaciones, intervenciones quirúrgicas, tratamientos recibidos y otros datos vinculados con su salud en el pasado.

En la historia clínica se anotará, con precisión, cada uno de los procesos de atención a cargo del médico, con indicación de los síntomas que presenta el paciente en la actualidad y su consiguiente evolución clínica. En resumen, la historia clínica debe permitir a cualquier persona saber, con exactitud, todas las ocurrencias atinentes al tratamiento de un determinado paciente. Por ello, nada de lo que haya sucedido en el curso del tratamiento debe quedar fuera de la historia clínica.

Es así que en la historia clínica aparece toda la información referente al diagnóstico, al pronóstico, al tratamiento de la enfermedad del paciente, así como todos los actos médicos practicados durante el proceso curativo. En la historia clínica se consignará el hecho de

haberse informado al paciente sobre los diversos aspectos del tratamiento y su consentimiento para el inicio del mismo.

Dicho documento público, constituye un documento probatorio idóneo para imputar la responsabilidad o para liberarlo; y es público, porque en palabras de GHERSI y WINGARTEN (2006), si estamos ante una entidad pública, la historia clínica adquiere la calidad de documento público, y la entidad es su custodio (Lorenzetti, 2005, pág. 448).

El deber de llevar adecuadamente la historia clínica es responsabilidad del médico tratante y de los profesionales integrantes del equipo médico que intervienen en el tratamiento.

2.4.11. Factores de Atribución.

Podemos resumir los factores de atribución ¿a título de que es responsable?

Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar, existe dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución denominados factores de atribución subjetivas y objetivos.

2.4.11.1. Sistema Subjetivo.

Dolo

El derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño.

Por ello entendemos como dolo como la voluntad o el ánimo deliberado de la persona del causar el daño, coincide con el artículo 1318° del Código civil en lo referente al incumplimiento de la obligación.

Se presenta desempeñando una triple función:

- Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio.

- En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho.

- El incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para ineficacia la prestación debida.

Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal y puede ser:

Dolo Directo. - En esta el sujeto actúa para provocar el daño. Cuando el propósito va dirigido a un fin.

Dolo Eventual. - En el cual no se actúa para dañar, pues la persona obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta. Asume el riesgo de que su conducta pueda causar un daño.

Ejemplo:

Juan conduce un vehículo a excesiva velocidad, asumiendo que con esa conducta puede ocasionar un accidente, sin embargo, no hace nada para asumir la responsabilidad.

Culpa

Determinado en el artículo 1969 del C.C. que determina la responsabilidad subjetiva: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Es la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este; cuando más grande es la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo creado.

La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil (fluye, emana claramente del art. 1969° C.C); y ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual presume la culpa del autor del daño causado.

- Culpa Objetiva o Culpa *in abstracto*. - Viene a ser la culpa por violación de las leyes, cuando el ordenamiento determina el parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable. Un ejemplo clásico es el art. 961° del Código Civil. El criterio de la normal tolerancia sirva para determinar si hay o no culpa.

- Culpa Subjetiva o culpa *in concreto*. - Se basa en las características personales del agente, y un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1314°. Este tipo de culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo debido).

En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa:

- Culpa grave (art. 1319 CC) definido como culpa inexcusable y viene a ser el no uso de la diligencia que es propia de la mayoría de las personas. Ejemplo se deja a una persona a cargo de un almacén, deja abierta las puertas de noche y roban los productos.

- Culpa leve. - Es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

2.4.11.2. Sistema Objetivo.

Riesgo Creado

De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española “riesgo” es una contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Para la doctrina el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario tales como: automotores, artefactos eléctricos, cocinas de gas, ascensores, diversas armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales.

Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal y común, por lo que merece la calificación de “riesgosos”. Haya sido el autor culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal.

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas, no exista la culpa del autor, lo que se pretende es la total abstracción de la culpa o ausencia de la culpa del autor, de tal modo que

la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse la relación causal, la calidad del bien o la actividad como una riesgosa. Estipulada expresamente en el artículo 1970 del Código civil vigente

Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

2.5. Definición de Términos Básicos

2.5.1. La Historia Clínica.

La historia clínica es el elemento esencial, un documento de acreditación por parte del médico (y de su equipo, en su momento) de su conducta con el paciente en todo momento, al reflejar toda la información relacionada con la asistencia dispensada al propio paciente.

La deficiente elaboración y registro de este documento de acreditación se refiere, básicamente, en elementos extraños y ausentes que se aprecian en la confección de la Historia Clínica, como son: Falta de hojas protocolares al intervenir quirúrgicamente al paciente (hoja de Riesgo Quirúrgico, etc.), borrones, tachaduras, espacios en blancos, letras ilegibles, entre otros. Que no sólo evidencia un craso error del profesional, sino la intención de ocultar su negligencia, imprudencia o impericia.

2.5.2. Factores de Atribución de la Responsabilidad Civil.

Son aquellos factores que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que, en el campo extracontractual, de acuerdo al Código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras, que en el lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

3.1. Antecedentes de la investigación

La responsabilidad civil extracontractual donde se halla involucrado un profesional de la salud es escasamente estudiada en nuestro medio, más aún, cuando se quiera tomar como prueba de dicha responsabilidad la Historia Clínica del paciente que ha sufrido un daño negligente.

Empero, teniendo en cuenta la doctrina nacional, con respecto a este tipo de responsabilidad, podemos mencionar que, esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.

Para PLANIOL (1930), partiendo del concepto unitario de la culpa, que define como violación de una obligación preexistente, expone una concepción unitaria al de la responsabilidad civil, ya sea que ella se origine en el incumplimiento de un contrato o en la obligación genérica legal de no dañar (De Trazegnies Granda, 2005, pág. 255).

Para dicho autor no hay distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, puesto que ambas crean una obligación, cual es la de reparar el daño. Ambas

suponen una obligación previa; que en la responsabilidad contractual nace del contrato y en la responsabilidad extracontractual de la ley (obligación genérica de no causar daño); en los dos casos la culpa estaría constituido por un mismo hecho, cual es la violación de esta obligación.

En efecto, como se ha debatido arduamente el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo siendo el criterio tradicional el que debe mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad contractual de la responsabilidad civil extracontractual, en la medida que el origen del daño difiere en un caso y en el otro; sin embargo, como señala una autorizada doctrina nacional, ello “no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudia ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes” (Taboada Cordova, 2001, pág. 86).

Sin embargo, consideramos que entre la culpa contractual y extracontractual existe una diferencia; en ésta última la diligencia debida se refiere a la actitud que toda persona debe asumir ante los demás, con independencia de toda relación obligatoria especial formada antes; por el contrario, en la culpa contractual la diligencia debida se relaciona con un deber concreto y específico asumido convencionalmente o de otro modo; sin embargo, esta diligencia específica no es excluyente de la genérica ni la absorbe; es sencillamente concurrente. La diferencia resulta de la diversa naturaleza de las obligaciones.

La responsabilidad extracontractual surge de la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia.

Otra distinción radicaría en que el interés protegido es asegurar el resarcimiento de daños en las personas y en las cosas; lo que la diferencia de la contractual, que es precisamente el contrato.

No obstante, las discrepancias de los autores tratados, consideramos lo apreciado con Taboada Córdova, que se trata de diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo; por lo que, considero que debe estudiarse desde una óptica unitaria.

3.2. Antecedentes nacionales

Si bien es cierto, la doctrina nacional se ocupado de la responsabilidad civil extracontractual en general, pocos autores lo hicieron particularmente, dela responsabilidad de los profesionales de la salud, es así que, se ha recopilado las jurisprudencias nacionales donde está involucrado la Historia Clínica.

El Expediente N° 1688-94, resolución del 26/10/1994, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Materia: Indemnización; en ella se observa, entre otros detalles, como es que se confunde los elementos de la responsabilidad contractual con la extracontractual al querer invocar una responsabilidad vicaria de la clínica Santa Natalia y el médico responsable (Cieza Mora, 2016, págs. 51-73).

Es escaso, la bibliografía nacional, creemos que con nuestro estudio aportaremos luces para que se siga profundizando y afirmando más de qué se trata la responsabilidad civil extracontractual en este grupo humano, como son los profesionales de la salud.

3.3. Antecedentes internacionales

En Chile, el contrato de prestaciones médicas liberales sigue siendo la base fundamental del régimen de obligaciones del profesional sanitario considerándose los daños derivados del mismo, propios de la responsabilidad contractual. La doctrina chilena considera, como presupuesto de la responsabilidad civil médica los siguientes requisitos concurrentes: a) que sea efectuado por un médico; b) la conducta se haya realizado con infracción de reglas y protocolos médicos; c) daño en el paciente asociados a la prestación medica ajenos al curso natural del mal por el que venía siendo tratado; d) relación de causalidad, esto es que el daño se haya producido por conducta ilícita del médico. En Chile se acude al principio del principal responde por los hechos del dependiente para responsabilizar de los daños médicos al hospital involucrado teniendo como base legal los artículos 2320° y 2322° de su Código Civil (Lorenzetti, 2005, pág. 340).

En Colombia, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia en responsabilidad civil médica se sigue fundamentando en la culpa probada, lo que a su vez ha sido complementado por la inversión de la carga probatoria ante la dificultad para el paciente de hacerlo dado su desconocimiento de la medicina. El Consejo del Estado Colombiano ha planteado que los riesgos especialmente los graves que no sean advertidos al paciente deben ser asumidos por el profesional o la institución hospitalaria, trasladándose la carga de la prueba sobre el debido consentimiento del médico (Lorenzetti, 2005, pág. 342).

En Brasil, su Código Civil dispone de manera expresa la figura de la responsabilidad de los médicos, cirujanos, farmacéuticos, parteras y dentistas, dentro los actos ilícitos. Brasil cuenta con un seguro de responsabilidad civil medica que aproximadamente un 8% de los profesionales médicos lo han contratado.

En Argentina, la responsabilidad médica parte del consentimiento, libre e informado del paciente, lo que va de la mano con una adecuada elaboración de una historia clínica. La doctrina argentina ha resaltado las causales eximentes de responsabilidad tales como la falta de culpa, la interrupción del nexo causal, el hecho propio de la víctima, el caso fortuito y el hecho de un tercero.

En España, se acentúa la importancia sobre los derechos de los pacientes, especialmente para la obtención de su consentimiento libre e informado, y puedan escoger conscientemente la situación más favorable para su salud. La jurisprudencia española, considera como temas importantes, los supuestos de anticoncepciones fallidas, como las operaciones de esterilización y la colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino.

En Estados Unidos de América, la responsabilidad civil médica es llamada “medical malpractice law”, forma parte del “derecho de torts”. Dicha responsabilidad constituye la octava causa de muerte en los EE.UU., incluso por encima de las enfermedades como el SIDA, el cáncer o los accidentes laborales. No extraña que los prestadores de servicios de salud, en especial los médicos, ordenen exámenes y procedimientos innecesarios con el único fin de disminuir el riesgo médico-legal, denominado esto como “medicina defensiva”. El panorama actual en EE. UU., es una crisis, la cual está relacionada con la disponibilidad y la oferta de seguros, por ejemplo, la salida del mercado de grandes aseguradoras (Lorenzetti, 2005, pág. 345).

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS

4.1. Presentación y análisis de los datos

A continuación, se presenta cuadros estadísticos que fueron el resultado de la aplicación de los cuestionarios elaborados para esta investigación y que fueron sometidos a consideración de los operadores de justicia de los Juzgados Civiles (Primer y Segundo), profesionales de la salud (Biólogos, enfermeras, obstetras), y los usuarios o pacientes que estuvieron hospitalizados. Fueron en total ocho (08) encuestados, a quienes previa presentación y explicación de los temas a encuestar se les instruyó sobre su imparcialidad y confidencialidad de sus opiniones.

VARIABLE 01: LLENADO MANUAL E ILEGIBLE

CUADRO N° 01
Tipos de grafías utilizadas en la Historia Clínica

Grado de Legibilidad Encuestados (08)	LEGIBLE			4 Neutro	ILEGIBLE			TOTAL (%)
	1 Muy Estrech.	2 Estrech.	3 Medianam.		5 Medianam.	6 Estrech.	7 Muy Estrech.	
Operadores de Justicia						X	X	25.0
Profesionales de salud						X X	X	37.5
Usuarios							X X X	37.5
TOTAL (N°)						03	05	100.0 08

Fuente: Elaboración propia – Cuestionario aplicado en octubre del 2017.

Cabe resaltar que, la obtención de estos datos es sobre la observación que los encuestado tuvieron cuando tenían a su alcance las Historias Clínicas; ya sea como medio probatorio (Jueces), como en la oportunidad de registrar datos (Enfermeras, obstetras, biólogos) o simplemente al momento en que fueron pacientes o usuarios.

CUADRO N° 02

Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas

Intensidad de Aplicación Encuestados (08)	PRINCIPIO DE SUFICIENCIA					TOTAL (%)
	1 Muy de acuerdo	2 De acuerdo	3 Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	4 Desacuerdo	5 Muy desacuerdo	
Operadores de Justicia	X X					25.0
Profesionales de salud	X X	X				37.5
Usuarios		X X X				37.5
TOTAL (N°)	04	04				100.0 08

Fuente: Elaboración propia – Cuestionario aplicado en octubre del 2017.

En el presente cuadro, el principio de suficiencia que rige en las Historias Clínicas se han extraído de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud – y de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).

CUADRO N° 03

Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas

Intensidad de Aplicación Encuestados (08)	PRINCIPIO DE INTEGRIDAD					TOTAL (%)
	1 Muy de acuerdo	2 De acuerdo	3 Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	4 Desacuerdo	5 Muy desacuerdo	
Operadores de Justicia	X X					25.0
Profesionales de salud	X X X					37.5
Usuarios	X X X					37.5
TOTAL (N°)	08					100.0 08

Fuente: Elaboración propia – Cuestionario aplicado en octubre del 2017.

En el presente cuadro, el principio de integridad que rige en las Historias Clínicas se han extraído de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud – y de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).

VARIABLE 04: REGISTRO Y ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS

CUADRO N° 04

Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas

Intensidad de Aplicación Encuestados (08)	PRINCIPIO DE VERACIDAD					TOTAL (%)
	1 Muy de acuerdo	2 De acuerdo	3 Ni de acuerdo, ni en desacuerdo	4 Desacuerdo	5 Muy desacuerdo	
Operadores de Justicia	X X					25.0
Profesionales de salud	X X X					37.5
Usuarios	X X	X				37.5
TOTAL (N°)	07	01				100.0 08

Fuente: Elaboración propia – Cuestionario aplicado en octubre del 2017.

En el presente cuadro, el principio de veracidad que rige en las Historias Clínicas se han extraído de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud – y de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).

VARIABLE 02: VALOR PROBATORIO Y LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL DOCUMENTO.

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 01

Título genérico	Medios Probatorios en el Código Procesal Civil
Título específico	1.1. Tipos de Medios de Prueba
Resumen	Del expediente descrito se tiene que el operador de justicia ha tomado en cuenta los testimonial, así como el medio probatorio documental, como es la historia clínica de la usuaria afectada. Historia clínica que no cumple con la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica), sobretodo en el orden y los formatos completos.
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica)
	N° de orden: FRD - 01

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 02

Título genérico	Medios Probatorios en el Código Procesal Civil
Título específico	1.2. Características del Medio de Prueba: Documento
Resumen	Tal como estipula la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02: La historia clínica es un documento médico legal, en el que se registra los datos de identificación y de los procesos relacionados con la atención del paciente, en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata de la atención que el médico u otros profesionales de salud brindan al paciente. Siendo un documento de seguridad esencial para intentar acreditar un tratamiento ilegítimo. Dicha idoneidad viene determinada por el contenido mínimo que debe reunir el mismo para el tratamiento de datos personales relativos a la salud de las personas.
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica). - Igor Pinedo García en "La Prueba Judicial". Editorial LA LEY. Madrid España 2011. Pág. 993
	N° de orden: FRD - 02

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 03

Título genérico	Medios Probatorios en el Código Procesal Civil
Título específico	1.3. Valor Probatorio del Medio de Prueba: Documento
Resumen	A fojas 443 del Expediente, en el octavo considerando de la sentencia, se aprecia que el Juez de primera instancia, valoró el medio probatorio documental – Historia clínica – VERIFICÁNDOSE DE MANERA INDUBITABLE que la paciente era alérgica al METAMIZOL. Lo que observamos, también, que el demandado refiere no haber observado la existencia de la contraindicación de este medicamento y debió resaltarse en la historia clínica.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 03

VARIABLE 05: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 04

Título genérico	1. Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1.1. Elementos intervinientes de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Expediente
Resumen	El A Quo, al momento de resolver el caso tuvo en consideración los siguientes elementos intervinientes: a) La existencia de una infracción legal (Antijuricidad); b) Que esa infracción sea imputable que ha actuado con dolo o culpa (Factor de atribución); c) que haya causado un daño indemnizable y; d) El nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Todos estos elementos concurrieron para declarar fundada en parte la pretensión de la paciente perjudicada.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 04

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 05

Título genérico	1. Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1. 2. Monto de Reparación Civil Extracontractual solicitado por el demandante
Resumen	La actora pretende una reparación económica de S/. 400,000 nuevos soles; sin embargo, dicha pretensión no está suficientemente sustentada en su demanda (A fojas 40) tanto el daño emergente, lucro cesante y el daño a la persona.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 05

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 06

Título genérico	1. Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1.3. Monto de Reparación Civil Extracontractual ordenado por el Juez
Resumen	El Juez de primera instancia a considerado en parte la demanda de la actora, por lo que valorando las pruebas aportadas por las partes a declarado fundada en parte la demanda, otorgando una reparación económica de S/. 221,000 nuevos soles, más los intereses legales generados a partir del día siguiente del evento dañoso que se liquidarán en ejecución de sentencia; con costos y costas procesales.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 06

VARIABLE 06: PROFESIONALES DE LA SALUD**FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 07**

Título genérico	1. Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1. 1. Número de Profesionales de la salud que intervienen en la redacción de la Historia Clínica.
Resumen	Concentrándose en los formatos de la historia clínica, en el momento del evento dañoso, han intervenido hasta tres profesionales: El médico cirujano, el médico anesthesiólogo y los licenciados en enfermería que se hicieron cargo post acto médico quirúrgico. Después, del evento dañoso, shock anafiláctico, intervinieron otros médicos que sólo vigilaron la recuperación de la paciente.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 07

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 08

Título genérico	1. Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1.2. Tipo de Profesionales que intervienen en la Historia Clínica
Resumen	Intervinieron en el evento dañoso que determinó la responsabilidad civil extracontractual los profesionales médicos siguientes: Médico cirujano (Mario Jesús Vicuña Ramírez) y el médico anesthesiólogo (Manuel Hugo Rivera Torres). Además, intervienen diversos profesionales licenciados en enfermería, que sólo registran formatos de su competencia funcional.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FRD - 08

FICHA DE RESUMEN DOCUMENTAL N° 09

Título genérico	1. Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual
Título específico	1. 3. Competencias de los Profesionales de la Salud para Registro de Datos en la Historia Clínica.
Resumen	Aunque no están claramente establecido quiénes son los competentes para el registro o elaboración de la historia clínica se infiere, conforme a la Normativa Técnica y la Ley General de Salud, que son el profesional médico tratante (Médicos en todas las especialidades, cirujanos- dentistas, obstetras, y las enfermeras)
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica). - Ley N° 26842 – Ley General de Salud.
	N° de orden: FRD - 09

VARIABLE 03: MANIPULACIÓN O ADULTERACIÓN.

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 01

Título genérico	1. Tipología de Manipulación y/o Adulteración
Título específico	1. 1. Tipo de Enmendaduras, Añadidas y Sobreescrituras
Texto fichado	No se aprecia claramente si existió alguna de estas manipulaciones o adulteraciones, toda vez, que se obtuvo copias remitidas por el Director del nosocomio demandado.
Breve reflexión crítica	Si es de notar, que la escritura tipo añadidura se aprecia a fojas 60 del expediente, con grafía diferente “ALERGICO AL METAMIZOL”, que no fue considerado por el A quo.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2 - Historia Clínica N° 257058, paciente Blanca Arone Martínez. - Tercera disposición general de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica)
	N° de orden: FTD - 01

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 02

Título genérico	1. Tipología de Manipulación y/o Adulteración
Título específico	1. 2. Tipo de uso de borrador, borrador líquido u otro elemento
Texto fichado	No se aprecia claramente si existió algún tipo de borrones o el uso de otro elemento, toda vez, que se obtuvo copias remitidas por el Director del nosocomio demandado.
Breve reflexión crítica	El borrador líquido o Liquid Paper es difícil evidenciarlo en copias proporcionadas por el mismo hospital.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2 - Historia Clínica N° 257058, paciente Blanca Arone Martínez.
	N° de orden: FTD - 02

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 03

Título genérico	1. Tipología de Manipulación y/o Adulteración
Título específico	1.3. Uso de Espacios en Blanco
Texto fichado	De la Historia Clínica descrita y analizada, se aprecia que existe muchos espacios en blanco.
Breve reflexión crítica	Aunque no están debidamente estipuladas, tanto en la Ley como en la Norma Técnica de la Historia Clínica, existen muchos espacios en blanco que pueden ser fácilmente rellenos a última hora, y salvar cualquier responsabilidad de parte del profesional médico.
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica). - Ley N° 26842 – Ley General de Salud.
	N° de orden: FTD - 03

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 04

Título genérico	1. Tipología de Manipulación y/o Adulteración
Título específico	1.4. Uso de distintas grafías, tintas.
Texto fichado	Se aprecia a fojas 60 del expediente, con grafía diferente “ALERGICO AL METAMIZOL”, que no fue considerado por el A quo.
Breve reflexión crítica	No se encuentra estipulada expresamente estos posibles manipulaciones, para perdería su valor probatorio la Historia Clínica en cuestión.
Ficha bibliográfica	- Expediente N°: 2007-00003-0-0501-JR-CI-2
	N° de orden: FTD - 04

VARIABLE 04: REGISTRO Y ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 05

Título genérico	1.- Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas
Título específico	1.1. Transcripción de normas jurídicas que regulan el registro y archivo de Historias Clínicas.
Texto fichado	-NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).
Breve reflexión crítica	Resulta extenso la transcripción, por lo que se ha incluido como Anexo en la presente tesis.
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).
	N° de orden: FTD - 05

FICHA DE TRANSCRIPCIÓN DOCUMENTAL N° 06

Título genérico	1.- Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas
Título específico	1.2. Protocolo o Flujograma de registro y archivo de Historias Clínicas.
Texto fichado	-NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).
Breve reflexión crítica	En la Normatividad Técnica de Salud N° 022, se encuentra regulado toda la estructura y el protocolo de gestión de las Historias de todos los establecimientos de salud del Perú.
Ficha bibliográfica	- NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).
	N° de orden: FTD - 06

4.2. Análisis de los resultados obtenidos

Presentado y analizado los datos para la presente investigación de un estudio de la influencia del deficiente registro y archivo de la historia clínica en la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud, es preciso señalar que se ha tomado como muestra la aplicación de ocho personas que han tenido la oportunidad de estar en contacto con las Historias Clínicas, teniendo la diligencia de que proporcionen sus opiniones u observaciones de manera imparcial. De tal forma que la información recabada nos ha proporcionado los resultados siguientes:

- En el Cuadro N° 01 (Tipos de grafías utilizadas en la Historia Clínica) se observa que un 05 (62.5%) se encuentra “muy estrechamente” relacionado con una grafía ilegible, es decir, la mayoría de todos los encuestados coinciden que la escritura que utilizan los profesionales encargados de registrar dichos documentos tienen escritura ilegible. Y, 03 encuestados (37.5%) observan que la escritura de los que registran la historia clínica está “estrechamente” relacionado a la ilegibilidad.
- Del cuadro N° 02 (Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Suficiencia), se observa que todos los encuestados (100%) están “de acuerdo y muy de acuerdo” de que las Historias Clínicas tengan como requisito, suficiente información básica, pues, les otorga un grado de seguridad y confianza, tanto a los operadores de justicia para dilucidar responsabilidades, como a los otros actores encuestados.
- El cuadro N° 03 (Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Integridad), se aprecia que, todos (100%) están “muy de acuerdo” que la Historia Clínica sea íntegro, es decir, los documentos que lo componen y que fueron

elaborados por los diferentes profesionales de salud estén completos, sin faltar algún formato en particular.

- Y, del cuadro N° 04 (Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Veracidad), se evidencia que el total (100%) están “de acuerdo y muy de acuerdo” que la Historia Clínica contengan datos verídicos y contribuyan en la seguridad de todos que fueron y serán pacientes algún día.
- Con respecto a las Fichas de Resumen Documental N° 01, 02 y 03: Medios Probatorios en el Código Procesal Civil, conforme a nuestro Código Adjetivo, el documento probatorio idóneo es la historia clínica, documento que, en el caso descrito y analizado (y pese a su deficiencia en su elaboración), contribuyó a determinar la responsabilidad civil extracontractual del demandado.
- En las Fichas de Resumen Documental N° 04, 05 y 06: Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual, estuvieron presentes todos los elementos que configuran la Responsabilidad médica extracontractual y que coadyuvaron a la individualización del responsable y la determinación del monto resarcitorio económico.
- De las Fichas de Resumen Documental N° 07, 08 y 09: Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual, podemos aseverar que los profesionales médicos considerados, conforme a ley, son los médicos, odontólogos, obstetras y los químico-farmacéuticos. Las licenciadas en enfermería, no son consideradas como carrera médica; empero, serán responsable civilmente si tuvieron alguna actuación negligente.
- Las Fichas de Transcripción Documental N° 01, 02, 03 y 04: Tipología de Manipulación y/o Adulteración; considerando en estas fichas: Tipos de

enmendaduras, añadiduras y sobreescrituras; uso de borrador, borrador líquido u otro elemento; uso de espacios en blanco; uso de distintas grafías y/o tintas; se ha tenido el inconveniente de que los formatos de conforman la historia clínica ha sido remitido en copias certificadas, situación que no se puede evidenciar claramente si hubo alguna deficiencia en su registro, pero, lo que si se observó es escrituras que probablemente se hicieron o añadieron, por lo menos, en otro momento.

- En las Fichas de Transcripción Documental N° 05 y 06: Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas: NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica), se ha tomado en cuenta, en vista que es la única norma que regula este documento médico trascendental.

4.3. Discusión

En este espacio, podemos dar las apreciaciones correspondientes, conforme a cada cuadro analizado; así como, de las Fichas de Resumen y de Transcripción Documental:

- Del cuadro N° 01, la legibilidad de la escritura de los profesionales de la salud que registran dichos documentos, no se cumplen tal como lo dispone la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica), pues en su tercera disposición general expresamente dice: “Todas las anotaciones contenidas en la Historia Clínica, deben ser objetivas, letra legible y sin enmendaduras, utilizando sólo abreviaturas o siglas que figuren en la lista de abreviaturas internacionales y otras que hayan oficializado las instituciones. En ningún caso se permitirá siglas en el diagnóstico”. Dicha disposición es vulnerada flagrantemente por los profesionales médicos, especialmente los formatos están

incompletos o registrados parcialmente, tal como lo apreciamos en la Historia Clínica de nuestro Expediente analizado.

- El cuadro N° 02, sobre el Principio de Suficiencia de la Historia Clínica, muchas veces no se cumplen, principalmente, en los hospitales, centros de salud de la periferia de la capital del departamento, posiblemente por falta de capacitación en la elaboración del documento o por ligereza en su confección.
- De igual forma en el cuadro N° 03, sobre el Principio de Integridad que debe regir la confección de la Historia Clínica, es trascendental que se cumpla, ya que su contenido o los documentos que lo conforman no están completos, este valioso documento perdería su valor probatorio en desmedro de las partes de un posible proceso judicial por responsabilidad civil extracontractual.
- Del cuadro N° 04, el Principio de Veracidad de la Historia Clínica, si está ausente, probablemente será una contribución de imputarle la responsabilidad al profesional que elaboró o registró la Historia Clínica del paciente perjudicado; sin embargo, el juzgador se verá obligado de recurrir a otros medios probatorios, como, por ejemplo, una auditoría o peritaje de la historia clínica.
- Con respecto a las Fichas de Resumen Documental N° 01, 02 y 03: Medios Probatorios en el Código Procesal Civil, conforme a nuestro Código Adjetivo, el documento probatorio idóneo es la historia clínica, documento que, en el caso descrito y analizado, contribuyó a determinar la responsabilidad civil extracontractual del demandado. Empero, es de resaltar que la historia clínica remitida por la Dirección del nosocomio involucrado no reúne los requisitos que la Norma Técnica exige, esto es, en el orden y la falta de formatos que conforman dicho historial.

- En las Fichas de Resumen Documental N° 04, 05 y 06: Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual, estuvieron presentes todos los elementos que configuran la Responsabilidad civil extracontractual y que coadyuvaron a la determinación del monto resarcitorio económico. Sin embargo, es preciso resaltar que la pretensión de la actora no fue debidamente sustentada, justificada y acreditada, toda vez que el letrado no especificó el costo económico de cada daño sufrido. Falencia que generalmente se repite por parte de los abogados patrocinantes.
- De las Fichas de Resumen Documental N° 07, 08 y 09: Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual, podemos aseverar que los profesionales médicos considerados, conforme a ley, son los médicos, odontólogos, obstetras y los químico-farmacéuticos. Las licenciadas en enfermería, no son consideradas como carrera médica. En el caso descrito y analizado, se aprecia la participación del médico cirujano y del médico anesthesiólogo, este último, demandado y responsable directo por negligencia médica, quién a la vez responde el resarcimiento económico a favor de la afectada, conjuntamente, y en forma solidaria con el Hospital Regional de Ayacucho.
- Las Fichas de Transcripción Documental N° 01, 02, 03 y 04: Tipología de manipulación y/o adulteración (considerando Tipos de enmendaduras, añadiduras y sobreescrituras; uso de borrador, borrador líquido u otro elemento; uso de espacios en blanco; uso de distintas grafías y/o tintas), se ha podido apreciar que no se cumplen la Normatividad Técnica en la gestión de las Historias Clínicas, porque hay espacios que pueden ser rellenados y dar la impresión que si hubo diligencia en su confección o registro, y pudiendo eludir la responsabilidad otro profesional negligente.

- Finalmente, en las Fichas de Transcripción Documental N° 05 y 06: Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas: NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica), se ha tomado en cuenta, en vista que es la única norma que regula este documento médico trascendental, así como es reconocido por el Colegio Médico del Perú. Por lo que se ha incorporado en los anexos para la contribución descriptiva de la presente tesis.

CONCLUSIONES

Llegado a este apartado, de los datos obtenidos a través de la aplicación de los cuestionarios elaborados personalmente, para conocer cómo influye el llenado manual e ilegible, sumando al desconocimiento del valor probatorio y los principios orientadores del documento y la accesibilidad a la manipulación o adulteración post acto médico en el deficiente registro y archivo de historias clínicas en la responsabilidad civil extracontractual de los profesionales de la salud en el Primer y segundo Juzgado especializado en lo Civil de Huamanga en el periodo 2005 – 2016, alcanzamos las conclusiones siguientes:

Primera conclusión:

Evidentemente, la Historia Clínica es el medio probatorio idóneo tanto para imputar responsabilidades como para eximir al profesional, por lo que es importante su correcto registro por parte del profesional de la salud en beneficio de su persona como del paciente. La Historia Clínica le otorga al paciente la seguridad de que está recibiendo el tratamiento adecuado a su enfermedad; en este sentido, su elaboración debe seguir todas las disposiciones que el Ministerio de Salud ha ordenado, por ejemplo, la escritura legible y evitar en lo posible las abreviaturas no autorizadas. Lo contrario, hace deducir, al paciente y al juzgador, en su caso, que existe ánimo de evadir responsabilidades en caso de negligencias médicas.

Segunda conclusión:

La Historia Clínica tiene como requisito fundamental la suficiencia de su información, pues, en ella debe ir los datos generales del paciente, la información de su enfermedad, día y hora de ingreso y de alta, el diagnóstico y tratamiento, así como, los profesionales tratantes, entre otros datos. Empero, muchas veces, esta información es incompleta, pudiendo ser

completada posteriormente cuando se requiere la Historia Clínica judicialmente; esto porque la Historia Clínica no es foliada en los Hospitales y Centros de Salud.

Tercera conclusión:

El principio de integridad también no es observado por los profesionales que registran el documento clínico, pues, por descuido o ligereza no completan los formatos que debe contener la Historia Clínica, quedando dicho documento, en un proceso judicial, como una prueba sin valor y teniendo dificultad de parte del juzgador en la determinación de la responsabilidad civil, por lo que el juez solicitará la auditoría o pericia del historial clínico.

Cuarta conclusión:

Es innegable que la veracidad de la información contenida en las Historias Clínicas, contribuye a las partes de un proceso judicial por negligencia médica, muy aparte de su contribución científica que tiene en favor de la salud del paciente; puesto que, con un documento veraz, bien se encuentra el responsable o se exime de dicha responsabilidad al profesional. Su valor probatorio es idóneo, también para otorgar al paciente una reparación adecuada por ser perjudicado por un tratamiento equivocado o negligente. Empero, no se puede imputar directamente la responsabilidad al profesional por las deficiencias en su registro de la historia clínica, sino que será necesario que el juez solicite de oficio el peritaje de dicho documento.

Quinta conclusión:

La historia clínica es un medio probatorio idóneo por excelencia, siempre que esta prueba documental reúna los requisitos protocolares que son regulados en las normas técnicas para su elaboración o registro y su archivo. Caso contrario, sino tiene los requisitos estipulados en

dichas normas, perderá su valor probatorio, situación que puede obligar al Juzgador a utilizar otros medios probatorios para hallar responsabilidades.

Sexta conclusión:

Para que se produzca la reparación civil debe concurrir, obligatoriamente, todos los elementos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, la antijuricidad, el daño indemnizable, el nexo causal y el factor de atribución. Hecho que se verificó en el caso analizado; empero, la parte demandante no acreditó los daños sufridos, razón por la cual, el juzgador consideró un montó reparatorio muy exiguo, no acorde al daño sufrido por la actora.

Séptima conclusión:

Los profesionales médicos, según las leyes especiales, no sólo es el médico cirujano y/o especialista, también lo es, el odontólogo, el obstetra; quiénes tienen competencia en el registro o elaboración de las historias clínicas, específicamente, en los formatos que les compete por el acto médico realizado. En el caso analizado, fueron demandados, a parte de la entidad hospitalaria, al médico cirujano que operó y el anesthesiólogo, siendo este último, quién fue responsable por su actuar negligente, al administrar un fármaco que producía alergia al paciente.

Octava conclusión:

Las manipulaciones o adulteraciones que pueda presentar la historia clínica, deja sin valor probatorio este documento que, desde un punto de vista de equidad, puede hallar al responsable o salvarlo de cualquier responsabilidad cuando se elabora o registra y archiva adecuadamente, conforme a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Salud. En el

presente caso, a parte de la ilegibilidad de la grafía en algunos formatos, se observa posibles añadiduras, espacios en blanco que podrían ser llenados, aspectos que no han sido aprovechados por los justiciables y los operadores de justicia, para hallar a los otros responsables.

Novena conclusión:

La Norma Técnica que regula y gestiona el registro y archivo de la historia clínica, es todavía clásica hasta rudimentario, toda vez, con el avance de la tecnología y la voluntad de las autoridades, se concretaría una historia electrónica en tiempo real, que coadyuve, no sólo a la investigación de los profesionales de la salud, sino también en la fácil identificación de los responsables en caso de negligencias médicas. Es necesario precisar que se ha promulgado la Ley N° 30024: Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas, promulgado el 30 de abril del 2013 y aprobando su reglamentado, por decreto supremo N° 039-2015; y vuelto a aprobar y modificar por el decreto supremo N° 019-2017-SA, el 22 de marzo del 2017. Esta Ley y su respectivo reglamento está siendo implementado y puesto en práctica en hospitales pilotos, siendo una implementación de mediano aliento que probablemente en unos cinco años pueda abarcar los grandes hospitales del país, situación por la cual, mientras se demore en implementar, todavía se verificará las deficiencias en el registro de la historia clínica y las repercusiones en la responsabilidad civil.

RECOMENDACIONES

Primera recomendación:

Los actores responsables del registro y archivo de las Historia Clínicas deben ser constantemente capacitados, tanto los de capital de departamento como los hospitales y Centros de Salud de la periferia. Dicho registro, deberá cumplir con la tercera disposición general de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica), letra legible y evitando abreviaturas que hagan que dicho documento no sea idóneo para considerarlo como medio probatorio.

Segunda recomendación:

El Acto Médico debe estar sustentado y contenido en una Historia Clínica suficiente, con los datos completos, ya sea en el diagnóstico, tratamiento y epicrisis del paciente. Sin embargo, también se incumple este precepto contenido en el artículo 29° de la Ley General de Salud, sobre todo, en los hospitales de provincia y Centros de Salud. Se propone la Historia Clínica informatizada o digitalizada en tiempo real, evitando las adulteraciones o posteriores llenados cuando ocurre una negligencia médica, que pese a una Ley recientemente promulgada (Ley N° 30024: Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas), está todavía no se encuentra implementada en nuestra región.

Tercera recomendación:

La integridad de la Historia Clínica, es fundamental, por lo que urge implementar la Historia Clínica informatizada o digitalizada en tiempo real, teniendo un soporte informático, resulta imposible obviar datos completos y necesarios, que redundarán en la solución en caso de responsabilidad civil extracontractual, es decir, el beneficio de la historia clínica informatizada o electrónica será trascendental tanto en el ámbito jurídico como el científico.

Cuarta recomendación:

De igual forma, la veracidad contenida en una Historia Clínica informatizada o electrónica en tiempo real, será mejor apreciada para deslindar responsabilidades, aparte del aporte científico que otorgue para los propios profesionales de la salud, en vista que tendrá aplicaciones que evidenciará, una vez digitado la información en un primer momento, quedará gravado, y se es modificado posteriormente, está quedará registrado en el historial y será más sencillo la determinación de la responsabilidad.

Quinta recomendación:

Siendo la historia clínica un documento probatorio trascendental para la probanza de la responsabilidad o para atenuar o eximir al profesional involucrado en un caso de responsabilidad civil extracontractual, se hace insoslayable, la capacitación permanente (mientras se implemente la Ley N° 30024), del personal competente en su elaboración, registro y archivo, a fin de que este documento mantenga su valor probatorio y científico.

Sexta recomendación:

Las partes de un proceso judicial de responsabilidad civil extracontractual, deben imbuirse más en estos casos en concreto, toda vez que, la mayor de las veces lanza un monto reparatorio sin acreditar específicamente porqué, pretende dicho resarcimiento pecuniario. Puesto que, el juzgador tomará en cuenta los medios probatorios que acrediten los daños sufridos por el agraviado.

Séptima recomendación:

Los profesionales participantes y competentes en la elaboración o registro de la historia clínica son los profesionales médicos, tanto médicos cirujanos o especialistas, odontólogos, obstetras, quiénes tienen el deber de registrar sus actos médicos en formatos establecidos en

las normas técnicas de dichos documentos. Conocedores que este documento médico-legista tiene un valor probatorio que le puede eximir de responsabilidades ante supuestos de negligencia, imprudencia o impericia.

Octava recomendación:

Los profesionales competentes en el registro de la historia clínica deben hacer un esfuerzo en seguir la normatividad vigente para la elaboración de dicho documento, toda vez, que, en su mayoría de estos documentos, la grafía es ilegible, muchas siglas de difícil comprensión, añadiduras, espacios en blanco que se prestan a manipular dicho documento, perdiendo su valor y dando una impresión al juzgador de querer burlar a la justicia, viéndose en la necesidad de auditar la historia clínica para verificar la responsabilidad civil.

Novena recomendación:

Al menos, si se cumpliera lo regulado por la Norma Técnica de la Historia clínica se podría eximir o imputar las responsabilidades médicas que se podría producirse en la atención de los pacientes; sin embargo, urge una implementación de Ley N° 30024: Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas, un sistema que con seguridad traerá beneficios y seguridad para los profesionales como para los pacientes.

APORTE ACADÉMICO DEL AUTOR

Implementar una Historia Clínica informatizada o electrónica en tiempo real, que tenga una plataforma informática digital centralizada, es viable económica y socialmente, y que redundará no sólo en el orden sino en la eficiencia de los recursos materiales y humanos. Sin embargo, pese a la dación de la Ley N° 30024: Ley que crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas y su Reglamento, ésta no se ha implementado todavía en nuestra región, situación que se produciría, en el mejor de los casos, en unos cinco años, y sólo en los hospitales grandes, como el Hospital Regional de Ayacucho, y no así en los centros de salud de los lugares más lejanos. Lapso de tiempo en el que se verificarían las deficiencias en el registro de las historias clínicas con la repercusión de la responsabilidad civil en el profesional de salud.

Así mismo, dicha implementación proporcionará una en información científica y mejor valorada por los diversos actores. Aparejado a dicha implementación, la elaboración de las normas técnicas para su registro y archivo en tiempo real.

Implementarlo ahorraría en el Juzgador, el análisis o estar solicitando a otro perito realice la auditoría de una Historia Clínica documentada como hoy se realiza, con todas sus falencias y deficiencias, no logrando muchas veces encontrar responsabilidad ni menos hallar la paz de una justicia social.

Proponemos la implementación de video-cámaras en los Centros Quirúrgicos y las Unidades de Cuidados Intensivos, que también redundaría en la investigación de los futuros profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

Calabresi, G. (2011). *Un vistazo a la catedral*. Lima: PALESTRA.

Cieza Mora, J. (2016). *Personas, Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*. Lima: JURISTA EDITORES.

De Trazegnies Granda, F. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: RODHAS.

Lorenzetti, R. (2005). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Lima: Grijley.

Taboada Cordova, L. (2001). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Medellín.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá: LEGIS.

Trigo Represas, F. A., & López Mesa, M. J. (2011). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: LA LEY.

Woolcott Oyague, O. (2002). *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. Lima: Ara Editores.

ANEXOS

ANEXO 1

Copia de la Historia Clínica del Expediente N° 2007-00003-0-0501-JR-CI-2

ANEXO 2

- Copia de solicitud para la validación de los instrumentos – cuestionarios
- Copia del oficio N° 016-2017-CMVR/SJCH, con la respuesta positiva de parte del experto, Dr. Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, Juez del Segundo Juzgado Civil de Huamanga.
- Copia de validación de los instrumentos (Escalograma de Guttman y Diferencial Semántico).
- CD-video de la entrevista personal realizado al Dr. Carlos Manuel Valdivia Rodríguez, Juez del Segundo Juzgado Civil de Huamanga.

ANEXO 3

Modelo de cuestionarios aplicados.

ANEXO 4

Copia de la NTS N° 022-MINSA/DGSP-V.02 (Norma técnica de salud para la gestión de la historia clínica).

LISTA DE CUADROS

Cuadro 1: Tipos de grafías utilizadas en la Historia Clínica.

Cuadro 2: Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Suficiencia.

Cuadro 3: Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Integridad.

Cuadro 4: Principios que rigen el registro y archivo de Historias Clínicas: Principio de Veracidad.

LISTA DE FICHAS

Fichas de Resumen Documental N° 01, 02 y 03: Medios Probatorios en el Código Procesal Civil.

Fichas de Resumen Documental N° 04, 05 y 06: Proceso Civil de la Responsabilidad Civil Extracontractual.

Fichas de Resumen Documental N° 07, 08 y 09: Profesionales de la salud que intervienen en el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Fichas de Transcripción Documental N° 01, 02, 03 y 04: Tipología de Manipulación y/o Adulteración.

Fichas de Transcripción Documental N° 05 y 06: Normas Jurídicas que regulan el Registro y Archivo de Historias Clínicas.