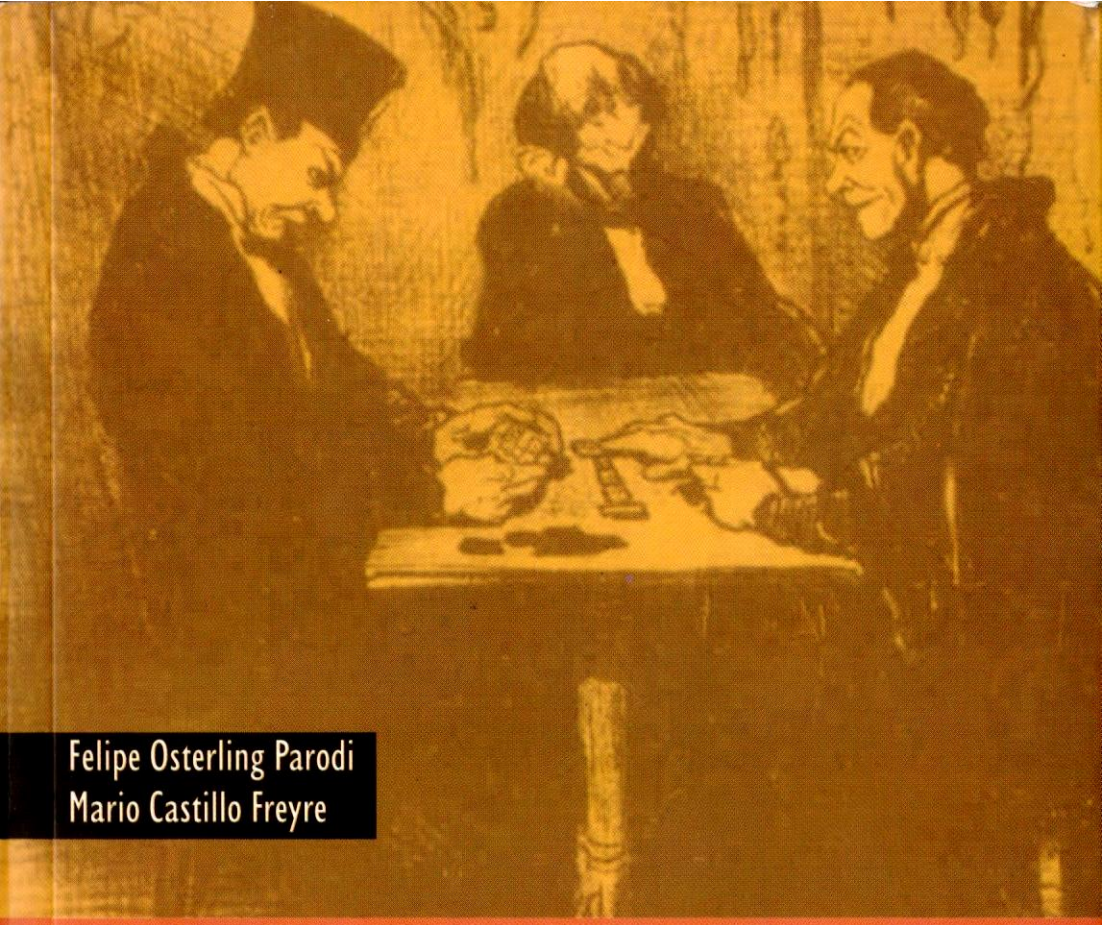


Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XIII Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte

Tomo XIII

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo XIII

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas,* chez Aubert, Pl de la Burse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro*.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-603-3
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO XIII

CONTENIDO GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones Generales
(Teoría General)

27.27. Responsabilidad civil del anunciante por publicidad falsa o engañosa 1531
27.27.1. La publicidad comercial: Algunas nociones relevantes 1531
27.27.1.1. Concepto 1532
27.27.1.2. Importancia 1535
27.27.2. Fundamento y regulación de la actividad publicitaria 1536
27.27.3. Principios publicitarios 1538
27.27.3.1. Principio de legalidad 1539
27.27.3.2. Principio de leal competencia 1540
27.27.3.3. Principio de veracidad 1540
27.27.3.4. Principio de autenticidad 1543
27.27.3.5. Principio de pertinencia 1544
27.27.4. Diferentes modalidades de la publicidad comercial: La publicidad engañosa 1544
27.27.5. La responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los consumidores frente a la publicidad falsa o engañosa 1547
27.27.5.1. La antijuridicidad: El deber de informar del empresario y la responsabilidad civil por falta de información y por información falsa o defectuosa 1548

27.27.5.2. Fundamento de la responsabilidad y factor de atribución 1553
27.27.5.3. Daño indemnizable 1555
27.27.5.4. Relación de causalidad 1555
27.27.6. Sujetos y responsabilidad 1556
27.27.6.1. El anunciante 1556
27.27.6.2. La agencia de publicidad 1556
27.27.6.3. Destinatario de la publicidad 1559
27.27.7. A modo de conclusión 1562
27.28. Responsabilidad civil e informática: Aspectos generales 1562
27.28.1. Informática y Derecho 1563
27.28.1.1. Derecho Informático 1565
27.28.1.2. Informática Jurídica 1568
27.28.1.3. Telemática 1570
27.28.2. Responsabilidad contractual y extracontractual derivada de la informática 1572
27.28.2.1. Daños 1573
27.28.2.2. Sujetos 1574
27.28.2.3. Responsabilidad contractual 1575
27.28.2.4. Responsabilidad extracontractual 1576
27.28.3. A modo de conclusión 1577
27.29. Responsabilidad civil y bases de datos 1580
27.29.1. Aspectos generales 1581
27.29.1.1. La información y la tecnología 1583
27.29.1.2. Nueva perspectiva del derecho a la intimidad y a la privacidad 1584
27.29.2. Responsabilidad civil e información nominativa 1589
27.29.3. A modo de conclusión 1596
27.30. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de arrendamiento 1598
27.30.1. El contrato de arrendamiento: Aspectos generales 1600
27.30.2. Obligaciones de las partes 1604
27.30.2.1. Obligaciones del arrendador 1604
27.30.2.2. Obligaciones del arrendatario 1610
27.30.3. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento 1613
27.30.4. Algunos comentarios finales 1624
27.31. Responsabilidad civil derivada del contrato de arrendamiento financiero 1625

27.31.1. El *leasing*: Aspectos generales 1627
27.31.1.1. Función financiera 1627
27.31.1.2. Concepto y características 1629
27.31.1.3. Naturaleza jurídica 1629
27.31.1.4. Características 1631
27.31.1.5. Elementos del contrato de *leasing* 1632
27.31.1.5.1. Elementos subjetivos o personales 1633
27.31.1.5.2. Elementos reales: El bien 1634
27.31.1.5.3. Elementos formales 1635
27.31.1.5.4. Elementos especiales 1636
27.31.2. Responsabilidad civil derivada del contrato de *leasing* financiero 1638
27.31.2.1. Obligaciones de la empresa locadora 1641
27.31.2.2. Obligaciones de la arrendataria 1644
27.31.2.3. A modo de conclusión 1648
27.32. Responsabilidad civil de los medios de comunicación derivada de la difusión de noticias 1649
27.32.1. Aspectos generales: La libertad de expresión y de información 1651
27.32.2. Límites a la libertad de información 1657
27.32.2.1. La libertad de información y su colisión con otros derechos fundamentales 1657
27.32.2.2. Ética y periodismo 1661
27.32.2.2.1. Códigos de ética 1662
27.32.2.2.2. Precisión 1664
27.32.2.2.3. Equilibrio 1665
27.32.3. Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias 1665
27.32.3.1. La antijuridicidad 1668
27.32.3.1.1. Derechos del informador o medio de comunicación 1668
27.32.3.1.2. Derechos del informado 1669
27.32.3.2. Factor de atribución suficiente 1670
27.32.3.3. Daño y relación de causalidad relevante 1674
27.32.4. Derecho de rectificación 1675
27.32.5. Una breve reflexión final 1678
27.33. Responsabilidad civil del fiduciario 1679
27.33.1. Nociones generales sobre el fideicomiso 1681

27.33.2. Características esenciales del fideicomiso: Dominio fiduciario y patrimonio autónomo 1685
27.33.2.1. Dominio fiduciario: Un nuevo derecho real 1686
27.33.2.2. Constitución de un patrimonio autónomo 1688
27.33.3. Obligaciones de la empresa fiduciaria 1690
27.33.4. Responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el fideicomiso 1694
27.33.4.1. Naturaleza de la responsabilidad civil 1695
27.33.4.2. Factor de atribución 1697
27.33.4.3. Responsabilidad solidaria por los actos del factor fiduciario 1698
27.33.5. A modo de conclusión 1699
27.34. Responsabilidad civil y protección del medio ambiente 1700
27.34.1. Hacia una definición de medio ambiente 1702
27.34.2. Desarrollo sostenible: Relación entre medio ambiente y economía 1704
27.34.3. Protección del medio ambiente 1708
27.34.4. La responsabilidad civil como instrumento de protección del medio ambiente 1714
27.34.5. Algunos comentarios finales 1717
27.35. Responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales 1721
27.35.1. El daño ambiental 1721
27.35.2. Fundamento de la responsabilidad 1729
27.35.3. Relación de causalidad 1733
27.35.4. Identificación del responsable y legitimación para accionar 1737
27.35.5 A modo de conclusión 1740
27.36. La responsabilidad de los profesionales 1744
27.36.1. El supuesto requisito de haber seguido estudios superiores 1750
27.36.2. El supuesto requisito de la colegiatura 1754
27.36.3. El supuesto requisito de la habitualidad 1756
27.36.4. El supuesto requisito de la onerosidad de los servicios 1758
27.36.5. El supuesto requisito de la reglamentación 1759
27.36.6. El supuesto requisito de la habilitación 1760
27.36.7. El supuesto requisito de la autonomía técnica 1760
27.36.8. El supuesto requisito de la sumisión a las normas éticas 1761
27.36.9. El supuesto requisito de estar sometido a potestades disciplinarias 1761
27.36.10. La profesión como supuesto agravante de la responsabilidad civil 1762
27.36.10.1. El profesional tiene un nivel de instrucción superior 1762
27.36.10.2. El profesional tiene deberes especiales para con la sociedad 1764
27.36.11. A modo de conclusión 1767
27.37. La responsabilidad médica 1769
27.37.1. Introducción 1769
27.37.2. Evolución histórica de la responsabilidad médica 1780
27.37.3. Tipos de responsabilidad a los que está sujeto el médico 1786
27.37.3.1. Responsabilidad ética 1786
27.37.3.1.1. Códigos de ética 1787
27.37.3.1.1.1. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú 1787
27.37.3.1.1.2. Códigos de Ética Internacionales 1790
27.37.3.1.2. Bioética 1790
27.37.3.2. Responsabilidad jurídica 1792
27.37.3.2.1. Responsabilidad penal 1793
27.37.3.2.2. Responsabilidad civil 1797
27.37.4. Tesis frente a la responsabilidad médica 1797
27.37.4.1. Tesis de la irresponsabilidad absoluta 1798
27.37.4.1.1. El paciente es el único responsable, al haber realizado una mala elección 1798
27.37.4.1.2. La medicina es un arte conjetural 1799
27.37.4.1.3. El título universitario implica idoneidad profesional 1802
27.37.4.1.4. Del ejercicio de la actividad médica sólo emana un deber moral, mas no una responsabilidad jurídica 1809
27.37.4.1.5. Usualmente, las acciones por responsabilidad tienen por único objeto obtener una ventaja pecuniaria de un acontecimiento desgraciado 1810

27.37.4.1.6. El poder jurisdiccional carece de conocimientos suficientes para juzgar la conducta de un profesional médico 1811
27.37.4.1.7. Aceptar la responsabilidad médica significaría un perjuicio para los propios enfermos 1813
27.37.4.1.8. Teoría intermedia 1814
27.37.4.1.8.1. Solo responsabilidad civil 1815
27.37.4.1.8.2. Se responsabiliza a los médicos solo cuando han procedido con dolo, mala fe o culpa lata 1815
27.37.4.2. Tesis de la responsabilidad amplia 1817
27.37.5. Responsabilidad civil médica 1818
27.37.5.1. Responsabilidad contractual 1819
27.37.5.1.1. Existencia de relación contractual entre médico y paciente 1819
27.37.5.1.1.1. Teoría de la no responsabilidad contractual 1821
27.37.5.1.1.2. Teoría de la relación contractual 1823
27.37.5.1.2. Requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica 1828
27.37.5.1.2.1. La existencia de un contrato 1829
27.37.5.1.2.1.1. Definición del contrato médico 1829
27.37.5.1.2.1.2. Calificación del contrato médico 1831
27.37.5.1.2.1.2.1. Teoría del mandato 1831
27.37.5.1.2.1.2.2. Teoría de la prestación de servicios 1832
27.37.5.1.2.1.2.3. Teoría de la locación de obra 1833
27.37.5.1.2.1.2.4. Teoría del contrato *sui generis*, innominado o atípico 1836
27.37.5.1.2.1.2.5. Teoría del contrato proteiforme o multiforme 1837
27.37.5.1.2.1.3. Características del contrato médico 1838

27.37.5.1.2.1.3.1. En cuanto al nombre 1838
27.37.5.1.2.1.3.2. En cuanto a su regulación 1842
27.37.5.1.2.1.3.3. En cuanto a su estructura 1842
27.37.5.1.2.1.3.4. En cuanto a su contenido o área 1844
27.37.5.1.2.1.3.5. En cuanto a su autonomía 1844
27.37.5.1.2.1.3.6. En cuanto a su formación 1846
27.37.5.1.2.1.3.7. En cuanto al tiempo 1849
27.37.5.1.2.1.3.8. En cuanto a su negociación 1850
27.37.5.1.2.1.3.9. En cuanto al rol económico 1853
27.37.5.1.2.1.3.10. En cuanto a su función 1853
27.37.5.1.2.1.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga 1854
27.37.5.1.2.1.3.12. En cuanto a la prestación 1856
27.37.5.1.2.1.3.13. En cuanto a la valoración 1859
27.37.5.1.2.1.3.14. En cuanto al riesgo 1859
27.37.5.1.2.1.3.15. En cuanto a sus efectos 1863
27.37.5.1.2.2. La existencia de un contrato válido 1864
27.37.5.1.2.2.1. Consentimiento 1865
27.37.5.1.2.2.1.1. Formación del consentimiento 1871
27.37.5.1.2.2.1.2. Vicios de la voluntad 1872
27.37.5.1.2.2.2. Capacidad 1877
27.37.5.1.2.2.3. Objeto 1878
27.37.5.1.2.2.4. Causa 1881
27.37.5.1.2.2.5. Formalidad 1882
27.37.5.1.2.3. Que se haya producido un daño 1884
27.37.5.1.2.4. Que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico 1886
27.37.5.1.2.4.1. Obligaciones del paciente 1887

27.37.5.1.2.4.1.1. Obligación de información o de lealtad de información 1887
27.37.5.1.2.4.1.2. Obligación de seguir el tratamiento 1889
27.37.5.1.2.4.1.3. Obligación de abstención perjudicial 1893
27.37.5.1.2.4.1.4. Obligación de pago de honorarios 1894
27.37.5.1.2.4.2. Obligaciones del médico 1895
27.37.5.1.2.4.2.1. Obligaciones genéricas del médico 1895
27.37.5.1.2.4.2.2. Deber de asistencia o cuidado 1896
27.37.5.1.2.4.2.3. Deber de confeccionar la historia clínica 1903
27.37.5.1.2.4.2.4. Deber de dar un diagnóstico 1907
27.37.5.1.2.4.2.5. Tratamiento 1910
27.37.5.1.2.4.2.6. Secreto profesional 1917
27.37.5.1.2.4.2.7. Deber de informar 1926
27.37.5.1.2.5. La antijuridicidad 1931
27.37.5.1.2.6. La imputabilidad 1931
27.37.5.1.2.6.1. El dolo 1932
27.37.5.1.2.6.2. La culpa 1932
27.37.5.1.2.6.3. Culpa profesional 1934
27.37.5.1.2.6.3.1. Impericia 1937
27.37.5.1.2.6.3.2. Imprudencia 1938
27.37.5.1.2.6.3.3. Negligencia 1939
27.37.5.1.2.7. Que exista relación causal 1940
27.37.5.1.2.8. Eximentes de responsabilidad médica 1943
27.37.5.1.2.8.1. Error excusable 1944
27.37.5.1.2.8.2. El caso fortuito 1944
27.37.5.1.2.8.3. La fuerza mayor 1945
27.37.5.1.2.8.4. La culpa de la víctima: conducta del enfermo 1945
27.37.5.1.2.8.5. El hecho de un tercero 1946

27.37.5.1.2.8.6. Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes: fracaso del tratamiento 1947
27.37.5.1.2.8.7. Estado de necesidad 1947
27.38. Responsabilidad civil de actos derivados de la bioética. La fecundación humana asistida 1948
27.38.1. Nociones generales 1949
27.38.1.1. Derecho Genético y Bioética 1949
27.38.1.2. Técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) 1953
27.38.2. Responsabilidad civil derivada de las técnicas de reproducción humana asistida 1956
27.38.2.1. Daños sufridos por la criatura 1961
27.38.2.2. Daños sufridos por los padres 1965
27.38.3. Algunos comentarios finales 1967
27.39. Responsabilidad civil del abogado respecto a su cliente 1968
27.39.1. El abogado 1970
27.39.1.1. El abogado, servidor de la justicia 1971
27.39.1.2. El abogado, intérprete de la realidad 1972
27.39.1.3. El abogado, hombre de ética 1972
27.39.2. Naturaleza jurídica de la relación abogado-cliente 1973
27.39.2.1. Relación institucional 1974
27.39.2.2. Relación extracontractual 1974
27.39.2.3. Relación contractual de mandato 1974
27.39.2.4. Relación contractual de arrendamiento o prestación de servicios 1975
27.39.2.4.1. Contrato de arrendamiento de servicios o locación de servicios 1975
27.39.2.4.2. Contrato de arrendamiento de obra o contrato de obra 1976
27.39.2.5. Relación contractual basada en contrato innominado 1976
27.39.2.6. Nuestra posición al respecto 1976
27.39.3. Deberes del abogado 1978
27.39.4. Fundamento de la responsabilidad contractual del abogado 1984
27.39.5. Algunas consideraciones finales 1988

27.40. Responsabilidad civil derivada de los profesionales en la construcción de una obra 1989
27.40.1. Aspectos generales 1991
27.40.1.1. Los profesionales de la construcción 1991
27.40.1.2. Naturaleza de la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción 1994
27.40.2. Responsabilidad contractual 1996
27.40.2.1. Naturaleza del contrato profesional 1996
27.40.2.2. Responsabilidad contractual de los constructores: el contrato de obra 1999
27.40.2.2.1. Obligaciones accesorias del contrato de obra 2001
27.40.2.2.2. Obligaciones principales de los constructores 2003
27.40.2.3. Elementos constitutivos de la responsabilidad contractual 2006
27.40.2.3.1. La inejecución de la obligación (elemento objetivo) 2007
27.40.2.3.2. La imputabilidad del constructor (elemento subjetivo) 2009
27.40.2.3.3. El daño 2013
27.40.3. Responsabilidad extracontractual 2014
27.40.4. Sujetos responsables 2016
27.40.5. A modo de síntesis 2018

27.27. Responsabilidad civil del anunciante por publicidad falsa o engañosa

En los Capítulos anteriores hemos llegado a la conclusión de que la empresa, así como los demás miembros de la cadena de producción y comercialización, deben responder por los daños y perjuicios que causen al colocar en el mercado productos defectuosos.

En este Capítulo nos centraremos en la obligación de responder que también compete a la empresa o proveedora respecto de los daños que ocasione al consumidor por la información falsa o engañosa que proporcione en sus anuncios publicitarios. Para ello, partimos de la premisa de que «el régimen de la publicidad comercial constituye uno de los pilares a partir de los cuales se construye universalmente, con particular énfasis desde los años setenta, el llamado Derecho del consumidor».[1440]

27.27.1. La publicidad comercial: Algunas nociones relevantes

No podemos iniciar nuestro estudio sin revisar algunos de los aspectos más importantes que encierra la publicidad comercial.

[1440] Citado por MESÍA RAMÍREZ, Carlos. «Publicidad comercial y protección al consumidor». *Diálogo con la jurisprudencia,* n.° 1, año 1, julio de 1995, p. 151.

27.27.1.1. Concepto[1441]

En primer término, debemos definir el objeto de nuestro estudio. Para ello precisamos que «publicidad», como el propio término lo insinúa, es un acto de comunicación pública. Dicho acto, para ser comercial,[1442] no se reduce a su carácter comunicativo o informativo,

---

[1441] Fabiola Medina, en su texto «Publicidad engañosa», en: (http://www.enel.net/gacetajudicial/2000/73/publicidad_enganosa.htm), brinda una serie de criterios a partir de los cuales se puede definir a la publicidad comercial:
- Para quienes como Miguel Carpio se sitúan en la perspectiva económica del asunto, la más resaltante de las funciones de la publicidad es su utilidad como herramienta de competencia. «La publicidad es realizada por las empresas con fines concurrenciales, es decir, con el objeto de atraer a los consumidores, ello con la finalidad última de incrementar sus ventas».
- La estructura del mensaje publicitario concierne a la «comunicación de datos y circunstancias capaces de influir en la decisión de contratar». La publicidad es también «un proceso de comunicación de carácter impersonal y controlado que, a través de medios masivos pretende dar a conocer un producto, servicio, idea o institución, con objeto de informar, influir en su compra o aceptación».
- Para Elizabeth Mena *(Estudio comparativo del Derecho del Consumidor en varias legislaciones y situación actual en la República Dominicana),* la publicidad incumbe de manera directa en el derecho de reflexión concedido al consumidor antes de la realización del contrato. Ese derecho, es para ella una de las características principales del «contrato de consumo».

[1442] La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en su Resolución N.º 103-96-TDC, ha delimitado el ámbito de la publicidad comercial de aquella publicidad que no tiene fines comerciales y, por ende, no supone la aplicación del Decreto Legislativo N.º 691:
«Como se señalase anteriormente, el universo de la publicidad comercial se encuentra contenido dentro de un universo mayor que circunscribe la totalidad de la publicidad que se difunde diariamente en territorio nacional. De esta manera tenemos que existen otros tipos de publicidad que no tienen carácter comercial. Así, diariamente encontramos la difusión de anuncios que no tienen por finalidad o como efecto fomentar la adquisición de bienes o la contratación de servicios del anunciante sino que, por ejemplo, persiguen un interés social. Tal es el caso de las campañas publicitarias difundidas con motivo del ahorro de agua potable, así como las campañas de salud pública, de pago de tributos o para la preservación de los delfines. A mayor abundamiento, la doctrina señala que:

pues requiere tener una finalidad ulterior, esto es, fomentar el consumo de bienes o la utilización de servicios.[1443]

Así, para efectos de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta últi-

---

'Es evidente que existe un interés, un carácter utilitario en el emisor de los mensajes publicitarios, pero [...] este interés no siempre tiene un carácter utilitario económico (no siempre persigue promover la contratación de personas, bienes o servicios) sino que puede tener un carácter utilitario social como son las campañas publicitarias llamadas institucionales (tales como las de ahorro de energía, moderación en el uso de medicamentos, prudencia en carreteras, etc.)' (PÉREZ, Rafael. «Ponencia I: El Concepto Jurídico de la Publicidad». En: *Jornadas de Derecho de la Publicidad.* Madrid: Instituto Nacional de Publicidad, 1980, p. 85).
Otro ejemplo de publicidad carente de contenido comercial lo constituye la propaganda política. Así, si bien muchas veces los políticos suelen realizar promesas en sus campañas electorales que eventualmente pueden no ser cumplidas, éstas carecen de un ánimo mercantil y, por tanto, escapan del ámbito objetivo de aplicación del Decreto Legislativo N.º 691.
En suma, la supervisión de aquella publicidad que no tiene un carácter comercial, como por ejemplo la publicidad institucional y la propaganda política, escapa del ámbito objetivo de aplicación del Decreto Legislativo N.º 691. Ello guarda relación con lo expresado por el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 020-94-ITINCI —Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor— en el sentido que las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 691 se restringen al ámbito de la publicidad comercial de bienes y servicios, no siendo aplicables a la propaganda política o a cualquier otra forma de comunicación carente de contenido comercial».

[1443] La Ley General de Publicidad Española (Ley 34/1988) define como publicidad toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

ma como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras.[1444]

Lo cierto es que la publicidad comercial constituye uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta un mercado libre y altamente competitivo en el que y los vendedores y los consumidores se benefician por igual. Los primeros promocionan sus productos o servicios y los segundos acceden a información relevante que los ayuda a decidir lo que más les conviene para satisfacer sus necesidades.

Las consideraciones expuestas determinan una definición de publicidad comercial que destaca su carácter instrumental y económico. Esta definición se encuentra integrada por una serie de elementos:

Como indica Jean Paul Calle,[1445] «Entre los elementos subjetivos que integran el concepto de publicidad comercial se encuentran el acto de comunicación, la instrumentalidad, la intencionalidad y voluntariedad del anunciante. Así, la publicidad es un acto de divulgación con un contenido esencialmente económico que busca provocar una respuesta en el receptor del mensaje (consumidores o usuarios), más concretamente, que persigue determinar a los destinatarios del mensaje a que efectúen una declaración contractual de voluntad. El elemento objetivo de la publicidad, por otro lado, se refiere a su contenido, que no es otra cosa que los bienes y servicios sobre los que recae el mensaje publicitario y cuya adquisición o contratación es la que incentiva».

[1444] Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI: Resolución N.º 103-96-TDC.

[1445] Calle Casusol, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa.* Lima: ARA Editores, 2002, p. 142.

Dentro de este esquema destaca, por consiguiente, que la publicidad comercial contiene elementos persuasivos a través de los cuales se persigue más seducir que convencer. Lo anterior no supone negar que en determinados casos también cumpla una función informativa cuyo objeto es comunicar a los consumidores y usuarios la calidad, características o el precio del producto o servicio anunciado.

En este sentido y tal como lo señala Fernández Novoa,[1446] la actividad publicitaria es a la vez informativa y persuasiva, aunque naturalmente en cada anuncio o expresión publicitaria concreta pueda prevalecer bien la dimensión informativa o bien la dimensión persuasiva.

27.27.1.2. Importancia

El papel crucial de la publicidad es el de informar a los consumidores respecto de las características de un bien en particular; rol que los proveedores ejecutan principalmente tratando de distinguirlo de los demás o creando una imagen, de tal forma que los consumidores perciban al producto como distinto, incluso como único, aun cuando este sea similar al de los demás oferentes. Los anunciantes buscan promocionar su producto o servicio y los consumidores informarse para poder tomar una decisión adecuada que satisfaga sus necesidades.

El estudio de la publicidad resulta importante, básicamente por dos razones:[1447]

(a) Porque es uno de los tantos instrumentos a través de los cuales los comerciantes intentan captar mayor clientela y, por ende,

[1446] Citado por Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 146.

[1447] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, pp. 131 y ss.

promocionar la adquisición de los bienes y servicios que ofrecen al mercado. Bajo este mismo esquema, podemos reconocer su relevancia en una economía de mercado, pues sin ella el consumidor no podría elegir el producto que desea, ni realizar una comparación entre productos o servicios de distintos competidores para adoptar una decisión de consumo adecuada.

De esta manera, la publicidad comercial supone la reducción de los costos en el acceso a la información relevante a favor de los consumidores, toda vez que reduce, además, los costos de transacción y promueve una mayor competencia entre los competidores.

(b) Porque constituye, asimismo, fuente de responsabilidad administrativa y de responsabilidad civil, cuando mediante su uso se genera daños a los consumidores.

27.27.2. Fundamento y regulación de la actividad publicitaria

Si la publicidad comercial cumple ese importante rol dentro de la economía de mercado es gracias al reconocimiento de la libertad de expresión a favor de los empresarios.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el contexto europeo y en el estadounidense, donde se ha reconocido la tutela de la publicidad comercial mediante la libertad de expresión por la vía jurisprudencial, en nuestro medio no ha habido hasta hoy pronunciamiento al respecto.

A pesar de este silencio legislativo y jurisprudencial, pensamos, al igual que Calle Casusol,[1448] que la protección de la publicidad comercial por medio de la libertad de expresión tiene amparo constitucional a través de lo dispuesto en los artículos 2 y 65 de la Constitución Política del Perú. Ambas normas se complementan de tal modo que no es posible tutelar el derecho de los consumidores a la información si las empresas proveedoras de bienes o servicios no tienen garantizado su derecho a la libertad de expresión comercial por la vía de la publicidad.

[1448] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 137.

Resulta evidente que esta libertad de expresión comercial no es absoluta, en la medida que nada impide que se limite a favor de los consumidores. Pero tales limitaciones deben ser permisibles y encontrarse dentro de lo razonable.

Al ser el anuncio publicitario un acto unilateral hecho con la finalidad de contratar masivamente, en él se deben respetar tanto los límites que se derivan de la teoría general de los contratos —tales como la libre formación de la voluntad en contraposición al dolo o la inducción al error—, como aquellos que se deriven de las normas regulatorias específicas de la competencia.

De este modo, aunque la publicidad comercial busca satisfacer un interés del anunciante y debe, en consecuencia, entenderse como una manifestación o componente de la libertad de empresa, se encuentra limitada por los derechos fundamentales de los consumidores. Esto equivale a afirmar que por medio de la actividad publicitaria se pretende lograr una suerte de equilibrio entre el interés del anunciante y el del consumidor.

Lo anterior, en consecuencia, nos permite concluir en que la protección de la publicidad no sería posible sin la existencia de un régimen de competencia y de libertad, pilares sobre los cuales se erige el ejercicio lícito y legítimo de esta actividad. Tal régimen se construye a partir de la concurrencia de dos derechos fundamentales, como son el derecho de los empresarios a la libre expresión comercial y el de los consumidores a la información.

27.27.3. Principios publicitarios

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que la regulación de la publicidad en defensa del consumidor tiene como norma jurídica básica al Decreto Legislativo N.º 691. Dicha norma establece los principios y las directrices fundamentales que orientan esta actividad. Tales principios son el de legalidad, el de competencia, el de veracidad, el de autenticidad y el de pertinencia.[1449]

[1449] A estos principios debemos agregar lo establecido en el Código de Ética Publicitaria, el mismo que se encarga de señalar las pautas que los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación deben seguir en el desarrollo de su actividad publicitaria. Tales principios se fundamentan en la veracidad, la lealtad, la legalidad y la decencia:
«Las normas del Código de Ética son aplicables para todos los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación, aunque no estuvieran afiliados a una de las asociaciones que los agrupan. Se entiende que de esta manera se podrá lograr un compromiso real de autorregulación que permita una aceptación total del 'Código de Ética Publicitaria en el Perú'.
PRINCIPIOS GENERALES
La libertad de industria y comercio tiene como marco a la economía social de mercado.
La economía de mercado con función social es beneficiosa para la comunidad, y la publicidad aparece como uno de los medios para que ésta se desarrolle.
La información es esencial para la comunidad y ésta es sinónimo de libertad, comunicación y de expresión.
La información promueve la transparencia en el mercado y permite que el público consumidor tome decisiones de compra mejor fundamentadas y más racionales.
En materia publicitaria los deberes y obligaciones para con la comunidad se traducen en normas de comportamiento que debemos aceptar voluntariamente en busca del bien común.
La publicidad, a la vez que sugestiva es informativa. En ambos casos será persuasiva.
La publicidad dentro de este marco:
- Deberá sujetarse a la ley (principio de legalidad), ser decente (principio de decencia), veraz (principio de veracidad) y leal (principio de lealtad).
- Debe hacerse con sentido de responsabilidad hacia los consumidores y la sociedad. La comunidad en general y el consumidor en particular tienen el derecho a estar bien informados.

27.27.3.1. Principio de legalidad

Artículo 3.- «Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes.

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades».

Siguiendo a De la Cuesta[1450] se tiene que «El respeto a la ley no se restringe a la ley formal, ni tampoco a las normas que de una u otra manera tienen como materia la publicidad. El acto publicitario por su fin, por su objeto y por su forma debe respetar las normas jurídicas. Cualquiera de las que integran el ordenamiento positivo, esté donde esté y sea cual sea su mandato».

- Debe respetar las libertades económicas para beneficio de la industria, el comercio, los servicios y el público en general.
- La autorregulación publicitaria se define y nutre por la aceptación voluntaria de los principios y reglas de comportamiento en publicidad. La aceptación es por parte de los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación social, además de todos los grupos o individuos (sean personas naturales o jurídicas) que participan en la actividad publicitaria como sujetos activos o pasivos.
- La autorregulación funciona eficazmente cuando todos los que intervienen en la actividad publicitaria cumplen activamente con los principios y las reglas publicitarias; y cuando esta observancia se verifica en todas las etapas del proceso publicitario. Entre otros: el planeamiento, la concepción, la producción, la ejecución y la difusión.
- El objeto primordial de la autorregulación consiste en vigilar la calidad de la información que se brinda a través de la comunicación comercial, además de preservar y acrecentar la credibilidad de la publicidad.

De igual forma, es tarea de la autorregulación el mantener vigentes y en operación los principios publicitarios y reglas de: legalidad, decencia, veracidad y lealtad. Todo ello imbuido de responsabilidad con la sociedad peruana y en atención a las particulares circunstancias económicas, culturales y educativas».

[1450] Citado por Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 157.

27.27.3.2. Principio de leal competencia

Este principio significa que se persigue que la actividad publicitaria no provoque confusión entre mercaderías o servicios, no tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos o servicios, y, en general, no sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles:

> Artículo 7.- «Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.
>
> Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía».

27.27.3.3. Principio de veracidad

> Artículo 4.- «Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.
>
> Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos. Los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Cuando se anuncie precios de ventas al crédito deberá incluirse, además, el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad».

El principio de veracidad se orienta a proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado.

Bajo esta perspectiva, el principio de buena fe se relaciona estrechamente con el deber de informar.

Esta vinculación nos orienta a recordar que una de las obligaciones tácitas que viene impuesta por la buena fe es la de informar.

Ghorpe, quien es citado por Vázquez Ferreyra,[1451] afirma que la buena fe[1452] impone un deber de veracidad que obliga a enseñar y descubrir al otro contratante lo que solo uno podría conocer.

Este deber cumple, además, un rol fundamental en la protección de los consumidores, llegándose a hablar de un derecho a la información cuyo objeto versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y, en su caso, las características de los productos que se comercializan.

En ese orden de ideas podemos decir, a grandes rasgos, que el principio de veracidad impone que los anuncios no contengan informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

La aplicación de este principio supone distinguir, tal y como lo sostiene Fernández Novoa,[1453] entre:

[1451] Vázquez Ferreyra, Roberto A. «La buena fe y las relaciones jurídicas. Con especial referencia a la responsabilidad civil y la protección del consumidor». En: *Responsabilidad por daños: Homenaje a Jorge Bustamante Alsina.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, vol. II, p. 277.

[1452] De acuerdo con el principio de la buena fe, el consumidor tiene derecho a exigir no solo las calidades propias genéricas del bien o servicio de que se trate, sino también todo lo que se ha ofrecido en la actividad promocional, aunque no se haya particularizado individualmente en el contrato.

[1453] Citado por Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 160.

- Expresiones triviales y formuladas en términos generales.
- Afirmaciones o apreciaciones carentes de contenido comprobable.
- Alegaciones concretas y comprobables.

Solo estas últimas estarían sujetas, por su propia naturaleza, al principio de veracidad, en la medida que son las únicas que implican expresiones publicitarias objetivas, concretas y comprobables. Así, solo puede aplicarse a la parte informativa del anuncio y no a la parte sugestiva, ya que exclusivamente para aquella existen pautas objetivas destinadas a fijar la exactitud o inexactitud de las expresiones.

El INDECOPI considera al respecto que, conforme a lo que han venido resolviendo la Comisión y el Tribunal y al marco legal vigente, la objetividad de las características sobre las que se basa la confrontación de los productos, no impide el uso del humor, la fantasía y la exageración. Dichas afirmaciones publicitarias, así como los juicios estimativos que no sean denigrantes o las apreciaciones subjetivas del anunciante, no tendrían que ser probados mediante métodos objetivos y serán ilícitas solo en los casos en que denigren a los competidores y/o induzcan a error a los consumidores.

Asimismo, el INDECOPI ha establecido —en reiterados precedentes administrativos— que tanto el respeto a la libre y leal competencia, como el interés colectivo de los consumidores, exige el respeto al principio de veracidad, lo que supone que:

- Los anunciantes estén en capacidad de acreditar, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones objetivas que se encuentren referidas a las propiedades y demás características del producto o servicio que difunden por medio

de sus anuncios, pues estas sirven de sustento a las decisiones de consumo que adopta el público.[1454]

- Los anunciantes tienen el deber de contar con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características objetivas atribuidas en sus anuncios a los productos o servicios promocionados, antes de lanzar una campaña publicitaria.

27.27.3.4. Principio de autenticidad

Este principio complementa al anterior, puesto que con él se busca evitar el engaño al consumidor mediante la forma del anuncio. Se trata de que los consumidores puedan diferenciar con claridad cuándo están frente a un anuncio publicitario y cuándo ante una noticia, un comentario periodístico u otra forma similar. En virtud de este principio se prohíbe, en consecuencia, la publicidad encubierta y la publicidad subliminal.

> Artículo 6.- «Los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma que sea reconocible como anuncio.

[1454] Según expresiones de Calle: «La verificación del principio de veracidad está condicionada a la prueba que el anunciante realice sobre las afirmaciones o expresiones publicitarias que difunda. Esto es lo que se conoce en doctrina como substanciación previa. Esto último constituye concretamente la obligación del anunciante de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas vertidas en sus anuncios publicitarios. A través de este mecanismo, los anunciantes deberán estar en capacidad de acreditar, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones objetivas, puesto que sirven de sustento a las decisiones de consumo que adopta el público. Pero también tienen el deber de contar con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características objetivas atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios promocionados, antes de lanzar una campaña». (Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 164).

Siempre que una agencia de publicidad o un publicitario haya realizado un anuncio, deberá colocar en el mismo su nombre, logotipo, o cualquier otro signo que permita su clara identificación».

27.27.3.5. Principio de pertinencia

Este principio, al igual que los anteriores, se encuentra sustentado en un sistema ético que, a su vez, tiene como fundamento normas de carácter constitucional. Así, de acuerdo con este principio, en la publicidad debe haber una relación coherente entre las imágenes que se ofrecen y las propiedades, características y cualidades del producto o servicio que se promociona.

27.27.4. Diferentes modalidades de la publicidad comercial: La publicidad engañosa

A grandes rasgos, podemos clasificar la publicidad comercial en lícita o ilícita.[1455] La primera es aquella que cumple con los principios publicitarios que hemos esbozado; la segunda, en cambio, es la que se aleja de ellos.

Calle[1456] define a la publicidad engañosa como aquella que induce a error al consumidor, ya sea directa o indirectamente, o por omi-

[1455] La publicidad ilícita puede, a su vez, subclasificarse, tal como explican la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.
La Ley General de Publicidad española, por ejemplo, luego de definir la publicidad ilícita como toda publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la clasifica en:
- La publicidad desleal.
- La publicidad falsa o engañosa.
- La publicidad subliminal.
- La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

[1456] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 167.

sión, ambigüedad o exageración, menoscabando la voluntad jurídica del consumidor o usuario. En efecto, la publicidad engañosa se caracteriza por provocar una falsa impresión que suscita expectativas razonables que los correspondientes bienes y servicios no pueden satisfacer.[1457]

Existen diferentes pautas para poder distinguir los supuestos[1458] en los que la publicidad puede calificarse de engañosa.[1459] En general,

[1457] La Ley General de Publicidad española define la publicidad engañosa de manera similar:
Artículo 4.- «Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.
Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a un error de los destinatarios».

[1458] Algunos autores incluso afirman que derivado de ese esquema es posible observar tres tipos de publicidad falsa o engañosa: En un primer nivel, existe la publicidad engañosa por exceso. Se trata de exageraciones o falsedades de un peso tal que superan el simple alarde. Ocurre, por ejemplo, cuando se atribuyen al producto o servicio propiedades que no tiene.
Puede existir también la publicidad engañosa por omisión de información necesaria. Hablamos aquí de faltar al «conocimiento relevante» que debe tener todo consumidor al momento de ejercer su derecho de reflexión previo a la compra. Es una publicidad falsa por defecto u omisión.
Asimismo, hay casos en que lo que se produce es una frustración del contrato. Ocurre, por ejemplo, cuando no hay una correspondencia entre lo anunciado y el producto. Es común en nuestro país encontrarse con que la oferta —todavía en promoción— «ya expiró» o «era solo aplicable a la primera compra», sin que tales aclaraciones sean del dominio de los consumidores. (Fabiola Medina, en su texto «Publicidad engañosa»).
En: (http://www.enel.net/gacetajudicial/2000/73/publicidad_enganosa.htm).

[1459] En su artículo 5, la Ley General de Publicidad española se encarga de establecer criterios mediante los cuales se pueden distinguir los supuestos en los que la publicidad puede calificarse como engañosa:
Artículo 5.- «Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrá en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:
1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

la doctrina considera que la publicidad engañosa comprende tres tipos de supuestos:[1460]

- Anuncios completamente falaces.
- Anuncios parcialmente inexactos.
- Anuncios que omiten determinadas circunstancias.[1461]

a) Origen de procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
c) Modo y fecha de fabricación, suministro o presentación.
d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.
e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
f) Nocividad o peligrosidad.
2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
4. Motivo de la oferta.
5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:
a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.
c) Premios o distinciones recibidas.
6. Servicios post-venta».

[1460] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 168.

[1461] La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en su Resolución N.º 0123-1998/TDC, se ha pronunciado respecto de la publicidad engañosa por omisión en los siguientes términos:
«El artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 691 establece el principio de veracidad que debe observar todo anuncio, siendo que una infracción al mismo puede darse mediante un engaño al consumidor derivado de omitir información relevante que pudiera condicionar o determinar su preferencia y decisión de consumo. Este artículo se sustenta en que existen casos en los que el consumidor puede ser inducido a error por el hecho de no contar con toda la información necesaria para que opte por el bien o servicio anunciados, siendo indispensable que el consumidor cuente con la información relevante para facilitar su elección de consumo.
[...] la determinación sobre qué omisiones constituyen infracción al principio de veracidad deberá ser analizada con cuidado y en forma limitada a aquella información realmente esencial, que no resultaría previsible por un consumidor razonable dados los usos y costumbres existentes del mercado. Así, si luego de conocida la información omitida puede esperarse que el consumidor razonable considere que los beneficios ofrecidos en el anuncio siguen siendo tales y que la oferta mantiene su esencia y características, según lo que se desprende de la lectura del anuncio, dicha información no tendrá carácter esencial y, por tanto, no existirá la obligación de incluirla en el anuncio. Por el contrario, si se tratara de información esencial, su omisión en los anuncios generaría un error en los consumidores, esto es, crearía la idea equivocada de una ventaja que en realidad no se está ofreciendo».

Esto supone admitir como elemento antijurídico de esta modalidad publicitaria al engaño o falsedad. No basta la simple divergencia entre lo que se dice y la realidad, tampoco que la información sea simplemente errónea.

Debemos resaltar, entonces, que el incumplimiento de la obligación de informar implica que se han silenciado datos relevantes. Este tipo de supuestos tiene una solución similar a la que hemos analizado desde la perspectiva de la responsabilidad civil por productos defectuosos, Capítulo al cual nos remitimos.

27.27.5. La responsabilidad civil como mecanismo de tutela de los consumidores frente a la publicidad falsa o engañosa

Tal y como lo resalta Jean Paul Calle,[1462] la regulación contra la publicidad engañosa busca proteger un triple interés: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. De esta forma, el engaño no solo afecta a los consumidores que confiando en la información incorrecta pueden sufrir un daño económico o uno incluso más grave; sino también perjudica al competidor honrado que pierde clientela, y al mercado.

El Derecho ha contemplado diversos mecanismos orientados a desincentivar el empleo de la publicidad falsa o engañosa. Entre esas

[1462] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 171.

medidas se encuentran la cesación publicitaria, la rectificación publicitaria y la publicación de la sentencia.

En este contexto, la responsabilidad civil integra también el conjunto de las necesidades legítimas de los consumidores. Incluso a nivel internacional se ha reconocido como un derecho fundamental del consumidor la posibilidad de compensación efectiva por los daños causados.

27.27.5.1. La antijuridicidad: El deber de informar del empresario y la responsabilidad civil por falta de información y por información falsa o defectuosa

Debemos empezar por indicar que, como señala Pérez García,[1463] «La información ha de reunir estas tres notas esenciales: debe ser exacta, completa y comprensible. Debe ser exacta, en su sentido de veraz [...], respondiendo a la naturaleza del bien o servicio u operación que se proponga. Debe ser completa, recayendo [...] sobre todos aquellos puntos que, a juicio del informante, deban conformar el consentimiento de la persona a que se dirige. Y por necesidad conceptual debe ser comprensible, porque toda información debe ser comunicación entre dos partes, puente de unión intelectual».

El derecho a la información tiene como finalidad esencial colaborar a formar un consentimiento contractual claro y reflexivo en el consumidor, previamente a que decida adquirir el producto o contratar el servicio. Los defectos de información generan, en la mayoría de casos, que el consumidor adopte decisiones de consumo erradas y, de igual manera, puede dar lugar a la producción de daños injustos.

Hay incumplimiento de este deber cuando la información dada es falsa o engañosa. Esto se configura cuando el proveedor manifiesta

[1463] Citado por Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 303.

hechos o difunde características falsas o que, siendo verdaderas, inducen a error al consumidor.

En algunos casos el daño puede resultar de información incorrecta sobre la composición del producto, sus características especiales, contraindicaciones, fecha hasta la cual puede consumirse, modo de conservarlo, toxicidad, peligrosidad, etc. Se trata de información necesaria para alertar a los consumidores sobre las características o cualidades de un bien o servicio, pero que no es difundida correctamente.

En otros supuestos, en cambio, la información falsa o engañosa puede aumentar el grado de peligrosidad del producto que se comercializa en el mercado. Se trata de un defecto informativo ligado a la teoría de los productos defectuosos.[1464]

Es menester distinguir los alcances del deber de informar de acuerdo a la etapa en la que el mismo se manifieste. Así, en la etapa precontractual este deber supone suministrar la información que permita al consumidor ingresar en la relación de consumo de forma adecuada. En la etapa contractual, en tanto el acto de consumo se ha formalizado, el proveedor tiene el deber de brindar toda la información que contribuya de manera eficiente al mejor aprovechamiento del producto o servicio.

Son beneficiarios del derecho de información los destinatarios finales de bienes y servicios y, en general, los consumidores que no tienen tal condición, siempre y cuando hayan resultado afectados por su incumplimiento y, además, no hayan estado en la posibilidad de acceder a la información relevante. Quienes responden por el incumplimiento son todos aquellos que, en las diferentes etapas de la cadena de producción y comercialización, tienen la calidad de proveedor.[1465]

[1464] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 308.
[1465] *Ibidem*. p. 314.

Debemos tener en cuenta que —como vimos en Capítulos precedentes— la responsabilidad del proveedor puede estar excluida total o parcialmente por la negligencia del consumidor.

El ordenamiento jurídico reprueba las prácticas que se alejan de los principios esenciales en materia publicitaria, fundándose en técnicas de engaño y denigración que perjudican a los consumidores, a los competidores y al mercado en sí. De esto se sigue que la publicidad engañosa, al ser fuente de responsabilidad, interesa al Derecho.

Como expresa Calle,[1466] «La premisa básica es que el consumidor en base a la información falsa, incompleta o engañosa que se le ha proporcionado elige, pero elige equivocado, viendo frustradas sus aspiraciones que lo condujeron a dicha elección. En efecto, el anuncio puede generar una falsa impresión o suscitar expectativas razonables a las que los bienes o servicios no pueden responder, lo cual puede ocasionarle daños al consumidor. Es por ello que ante tales situaciones, el Derecho debe intervenir estableciendo acciones de carácter civil para disuadir y resarcir los daños ocasionados».

La responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa surge ante el incumplimiento del deber de veracidad por parte del anunciante, toda vez que el engaño que causa los daños se presenta en la fase anterior a la celebración del contrato de consumo.

Como es claro, el principio de veracidad no se aplica a toda clase de anuncio o expresión publicitaria. En ese sentido la doctrina es enfática al señalar que las simples frases triviales carentes de contenido no pueden juzgarse a la luz de este principio, en la medida que las mismas no pueden inducir al error del consumidor. Tampoco podrán serlo los juicios estimativos o valorativos en los que solo se expresa la

[1466] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 321.

opinión del anunciante que por su propia naturaleza no puede verificarse a partir de hechos, pues no alude a estos. De forma similar, el principio de veracidad no tiene cabida cuando se trata de exageraciones que un consumidor razonable no tomaría en serio.

El Tribunal del INDECOPI se ha pronunciado en este mismo sentido, tal y como se observa de la Resolución N.º 014-97-TDC, en la que se ha señalado que:

> (...) debe distinguirse en qué casos una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad según el artículo 15 del Decreto Legislativo 691, y en qué casos no existe tal obligación. La Sala considera que ello dependerá de la manera cómo perciba un consumidor razonable una afirmación dentro de un anuncio. Existen afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que el consumidor puede considerar como objetivamente verificable. Ello ocurre, por ejemplo, con afirmaciones como 'Somos el producto de mayor venta', 'Recomendado por el Colegio Odontológico', 'Garantizamos un año de duración', 'Rinde 60 kilómetros por galón', '100,000 unidades vendidas en un año', 'Hecho de puro algodón', 'Certificado por Notario', entre otras.
>
> Por el contrario existen otras afirmaciones que son percibidas por el consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables. Tales afirmaciones, no son objeto de prueba y por tanto no quedan sujetas al principio de veracidad. Ello ocurre con frases como 'El mejor del Mundo', 'Calidad insuperable', 'El mejor sabor', 'Le gusta a todos', etc.

Actúa antijurídicamente —como hemos venido reiterando— aquel cuya actividad publicitaria contraviene los principios publicitarios. El comportamiento antijurídico se puede configurar, así, de diversas maneras.[1467]

[1467] En Europa se suelen tomar como ejemplos claros de una conducta antijurídica sustentada en la violación del principio de veracidad y, por ende, en una configuración

En todo caso tenemos que considerar que la valoración del engaño publicitario que da lugar a la conducta antijurídica debe obrar flexiblemente. Es necesario realizar una evaluación que tome en cuenta las diversas circunstancias subjetivas y diferenciadoras del caso concreto. Al fin y al cabo, ello nos permitirá observar también el grado de confianza verosímilmente derivable de la identidad del anunciante.

---

de la publicidad falsa o engañosa, los siguientes supuestos http://europa.eu.int/scadplus/citizens/es/lu/010996.htm

- Con la intención de hacer creer al público que vende sus mercancías o presta sus servicios en condiciones especialmente favorables, dé públicamente indicaciones falsas que puedan engañar al comprador o destinatario de sus servicios sobre la naturaleza, el origen, el método de fabricación o producción, la cantidad, el precio o la procedencia de las mercancías almacenadas, sobre la posesión de recompensas industriales o de cualquier tipo de distinción honorífica, o sobre la finalidad y los motivos de la venta o de la prestación de servicios;
- Haga una oferta especial particularmente ventajosa con el objeto de hacer creer al público, mediante indicaciones que puedan engañar al comprador, que la totalidad de las mercancías expuestas para la venta o incluidas en la lista de precios se vende en condiciones más favorables de lo habitual;
- Tras haber hecho una oferta especial particularmente ventajosa, no disponga de las existencias necesarias para cubrir —por lo menos durante una jornada completa— el incremento de la demanda y la venta continuada del producto o los productos que ofrece a precios reducidos;
- Fije, mantenga o haga fijar en productos naturales, fabricados o transportados con vistas a la venta, puestos a la venta o vendidos, o en los envases, cajas, bultos, envolturas, latas o etiquetas una marca de fábrica o de comercio, un nombre, un signo o cualquier otra indicación que hagan creer que los productos tienen un origen o una procedencia distintos de los verdaderos;
- Sugiera un origen o una procedencia inexactos de los citados productos, bien mediante un añadido, una supresión o cualquier tipo de alteración de una marca, denominación o etiqueta, bien mediante anuncios, folletos, circulares, prospectos o carteles, bien mediante la presentación de facturas o certificados de origen o procedencia, bien por cualquier otro medio;
- Ofrezca indicaciones inexactas sobre su personalidad comercial o artesanal, sobre su industria o sus diseños, marcas, patentes, referencias, distinciones, sobre la naturaleza de sus productos, mercancías o servicios, sobre las condiciones de su fabricación, su origen, procedencia, calidad o prestación;
- Invoque su calidad de mayorista en las ventas u ofertas de ventas al consumidor final, a menos que la venta se haga realmente al precio al por mayor o se indique claramente que el precio propuesto al consumidor es superior al precio al por mayor.

27.27.5.2. Fundamento de la responsabilidad y factor de atribución

Tal generación de confianza es, además, el fundamento de la responsabilidad en materia de publicidad falsa o engañosa.

A pesar de que la publicidad tenga como fuente una declaración unilateral del proveedor, los anuncios publicitarios generan confianza en los consumidores induciéndolos a ingresar a una relación de consumo. Es, pues, una realidad que la información que proporciona el anunciante puede generar confianza en los consumidores.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el engaño es relevante no solo porque el mismo implica un comportamiento antijurídico, sino porque a través de él, los consumidores pueden padecer daños injustos en sus intereses vitales o en sus intereses económicos.

Existen imprecisiones con respecto al grado de responsabilidad del anunciante, toda vez que las normas no son claras respecto al factor de atribución de la misma. Si bien el artículo 15 el Decreto Legislativo N.º 691 establece que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, no establece si se requiere dolo o culpa para imputarle responsabilidad, o, más aún, si debe partirse de la teoría objetiva.[1468]

En este punto coincidimos con Calle,[1469] cuando expresa que la responsabilidad civil del anunciante es objetiva pues la misma no de-

---

[1468] Rebaza Torres, Alberto. «¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y protección al consumidor». En: *Thémis*, n.º 32, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 32.

[1469] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 333.

pende de que el anunciante haya conocido la falsedad de su expresión o afirmación publicitaria. No interesa, en consecuencia, la mayor o menor gravedad de intencionalidad o culpa en el anunciante para el resarcimiento de los daños. Solo se requiere que exista una disconformidad entre la realidad y lo que se publicita, que resulta una representación falsa, engañosa o inexacta del producto o servicio en la publicidad. El anunciante solo podrá librarse de la responsabilidad probando una causa extraña que rompa la relación de causalidad.

La confianza es el fundamento de la responsabilidad, pues el anunciante es quien conoce las características y cualidades del producto o servicio que se promociona. Además, sería absurdo que los consumidores tuvieran que verificar, a su propio costo y cuenta, la veracidad de las afirmaciones de cada anuncio publicitario.

A decir de Calle,[1470] «Quien crea la confianza en el tráfico debe responder objetivamente por los daños causados».

Si partimos de las normas de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil de 1984, los casos en los que la publicidad engañosa genera daños deben ser resueltos mediante la aplicación del artículo 1970, para lo cual debemos considerar a la publicidad falsa o engañosa como actividad riesgosa para el consumidor.

Así, siguiendo a Jean Paul Calle,[1471] se puede decir que la publicidad constituiría una actividad riesgosa o peligrosa cuando el producto resulte siendo defectuoso por la forma como se presenta a través de la publicidad. En efecto, la publicidad no es una actividad riesgosa o peligrosa *per se,* sino solo cuando influye incrementando el riesgo de un producto. De donde se sigue que el uso imprudente de la publicidad que causa daños al consumidor, puede dar lugar a una acción de responsabilidad civil por riesgo.

[1470] Calle Casusol, Jean Paul. *Op. cit.,* p. 334.
[1471] *Ibidem,* p. 508

27.27.5.3. Daño indemnizable

La confianza que deposita el consumidor en la publicidad es un requisito esencial para que se active esta responsabilidad, en tanto es justamente por haber confiado en esa publicidad que el consumidor sufre el daño. Si el consumidor no actuara confiando en la publicidad, no podría configurarse materialmente daño injusto alguno; solo habría error.

La salud y la seguridad de los individuos también suelen quedar expuestas a graves perjuicios cuando el manejo de los productos adquiridos se torna peligroso debido a que el anunciante ha violado las normas que el ordenamiento jurídico le impone para la promoción de los bienes o servicios que ofrece.

Cuanto menos, los intereses económicos del consumidor devienen burlados al frustrarse sus expectativas razonables por los anuncios engañosos que inciden sobre una adquisición motivada; en definitiva, por la falsa representación lograda en el destinatario.[1472]

27.27.5.4. Relación de causalidad

Debe probarse que la publicidad engañosa influyó en la formación del consentimiento o confianza justificable en el sujeto receptor, es decir, que fue causa adecuada. Por ende el consumidor tendrá derecho a una indemnización respecto de todos los daños mediatos, inmediatos, previsibles o imprevisibles, consecuencia lógica de aquella.

[1472] Stiglitz, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor.* Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 16.

27.27.6. Sujetos y responsabilidad

27.27.6.1. El anunciante

Tratándose del contenido de los anuncios, la ley es clara al considerar responsable a la persona natural o jurídica que anuncia o promociona el producto o servicio. El tal sentido, se califica como anunciante a toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad.

Como expresa Calle,[1473] «Puede observarse, entonces, que el anunciante es aquél en cuyo interés se realiza el acto de publicidad, en cuanto favorece su actividad principal, lo cual permite comprender no sólo a quienes se benefician de la publicidad que es instrumentada por el fabricante para apoyar su organización comercial vertical, sino también a quienes se aprovechan de él mediante la conclusión del contrato principal que promueve, aun cuando no sean parte de dicha organización».

27.27.6.2. La agencia de publicidad

Se refiere a cualquier persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y otros productos publicitarios.

En ocasiones la responsabilidad también alcanza a estos sujetos. De la Cuesta[1474] señala que las agencias de publicidad deben poseer al menos tres notas características:

- Deben constituir complejas organizaciones de medios humanos y materiales indispensables a la instrumentación del acto publicitario.

[1473] CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 151.
[1474] Citado por CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 152.

- Su finalidad viene constituida por la instrumentación de los actos e interés ajeno.
- Esa instrumentación debe realizarse de modo habitual obteniendo un lucro.

Bajo este criterio, la agencia es quien presta servicios publicitarios en interés del anunciante, colaborando con este en la promoción de su actividad principal, lo que viene a fundamentar en determinados casos su responsabilidad.

El artículo 13 del Decreto Legislativo N.º 691 señala que por ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anuncio, cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado.

Con esta norma el legislador ha optado por extender la responsabilidad de manera solidaria a la agencia de publicidad que efectúa el anuncio, lo cual ha sido y es hasta hoy fuertemente criticado. Alberto Rebaza Torres[1475] incluso cataloga tal medida como absurda, aduciendo que la misma impone a las agencias un trabajo por encima del que les corresponde en su rol creativo.

En efecto, una aplicación estricta y literal de este artículo supone obligar a las agencias a fiscalizar, verificar y supervisar la información que su cliente le proporciona, entorpeciendo y encareciendo su trabajo.

En su Resolución N.º 014-97, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha dejado claro que es consciente

[1475] REBAZA TORRES, Alberto. *Op. cit.*, p. 32.

de esas consecuencias y, por ende, ha optado por tomar recaudos respecto de la aplicación del artículo 13:

> El artículo 13 del Decreto Legislativo N.º 691, delimita el ámbito de responsabilidad de las agencias de publicidad o publicitarios que participan en la elaboración de un anuncio que infringe la normatividad vigente. Así, dicha norma establece que, para que exista responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad o la persona que haya elaborado el anuncio, la infracción debe encontrarse "en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado". En otras palabras, si la infracción se encuentra referida a una característica propia o inherente al producto o servicio anunciado, no estaríamos frente a un supuesto de responsabilidad solidaria.
>
> Para ilustrar el supuesto de hecho de la norma antes mencionada, supongamos que un anunciante afirma que su producto, por ejemplo, un alimento envasado, no contiene grasas saturadas, cuando ello no es cierto. Así, al tratarse de una característica propia del producto anunciado, la agencia de publicidad no sería solidariamente responsable por la infracción cometida y la responsabilidad recaería únicamente en el anunciante que ha engañado a los consumidores.
>
> La racionalidad de la norma analizada radica en el hecho que el anunciante se encuentra en una posición ventajosa, frente al público en general, en cuanto al acceso de información relacionada a las características intrínsecas de sus productos. Normalmente, los costos de acceder por su propia cuenta y verificar este tipo de información, exceden las posibilidades de los consumidores, siendo que, incluso, muchas veces tal información puede ser de carácter confidencial, debiendo por ello confiar en el dicho del anunciante. Esta limitación suele también alcanzar a las agencias de publicidad. Así, exigir a una agencia de publicidad o la persona natural que va a elaborar un anuncio que, previamente, compruebe las características propias del producto o servicio a anunciar, resultaría ineficiente, al entorpecer y encarecer el servicio creativo, lo que finalmente podría conllevar a un incremento del precio del bien a promocionar en perjuicio de los propios consumidores. Por otro lado, si los costos de acceder a esta información son demasiado elevados, se desincentivaría

> la actividad publicitaria, lo que se traduciría en una disminución de la información al alcance de los consumidores y una limitación en la competencia.
>
> Precisamente, en el presente caso, la Sala considera que la infracción materia de proceso se encontraría referida a una característica propia del producto anunciado —esto es, su rendimiento—. Así, hacer a la agencia de publicidad solidariamente responsable significaría que ésta, antes de elaborar la campaña sancionada, debió comprobar la veracidad del informe técnico en el cual se sustenta la anunciante para realizar sus afirmaciones.
>
> En tal sentido, la Sala considera que la agencia de publicidad no sería solidariamente responsable en los términos contenidos en el artículo 13 del Decreto Legislativo N.º 691 [...].

27.27.6.3. Destinatario de la publicidad

En principio, el destinatario puede ser cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo.

Para la aplicación de las normas que regulan la actividad publicitaria, la Comisión y el Tribunal, así como la doctrina mayoritaria a la que nos adherimos, han venido aplicando un estándar de consumidor que responde a los principios y postulados del sistema económico de libre mercado. Con ello se ha establecido como criterio interpretativo que el ámbito de protección de las normas sobre publicidad comercial se encuentra dirigido a la tutela de los «consumidores razonables».

Un «consumidor razonable» —como hemos tenido ocasión de indicar en los Capítulos precedentes— es aquella persona que se desenvuelve en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes. Antes de tomar decisiones de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente acerca de los bienes y servicios que le ofrecen los proveedores.

Lo expuesto no conlleva que el consumidor —para ser sujeto de tutela— deba buscar información sobre todos y cada uno de los productos que se distribuyen en el mercado, antes de tomar su decisión de consumo, o que sea considerado un experto con respecto de los bienes y servicios que adquiere. Tampoco supone que el consumidor deba realizar un análisis complejo y sofisticado de los anuncios.

El consumidor —para contar con protección— debe haber realizado simplemente una apreciación superficial de los anuncios que se difunden en el mercado, dándole a las palabras, frases y oraciones y lo que estas sugieren, un sentido común, una interpretación natural.

En este orden de ideas, es de destacar que el anuncio debe juzgarse bajo los mismos criterios que el consumidor, tal y como lo indica el Tribunal del INDECOPI en su Resolución N.º 052-96-TRI-SDC:

> En el segundo párrafo del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 691 se establece que 'Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario'.
>
> En este artículo se establece el criterio base para el análisis de los anuncios publicitarios. Al momento de juzgar un anuncio debe obrarse de manera análoga a como lo hace un consumidor.
>
> Sin embargo, el término 'superficial' no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor. La norma no ha querido referirse a que los consumidores actúan de manera totalmente irracional y poco interesada en la información que la publicidad ofrece para la toma de decisiones de mercado. Por el contrario, lo que la norma ha querido significar es que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no lo lee con ojos científicos ni técnicos ni se dirige a verificar y auscultar con detalle y rigor cada una de las afirmaciones e informaciones contenidas en el mismo. Superficial no es, en la norma, sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo. De lo contrario querríamos decir que se debe proteger a consumidores

> poco racionales o irresponsables en sus decisiones. Ello implicaría un estándar inadecuado que forzaría a la publicidad a ser excesivamente detallista, a la vez de privar al publicista de los elementos subjetivos ligados a su creatividad y a la posibilidad de ejercer persuasión por medios lícitos. El mandato de la norma es pues que no se puede analizar, por ejemplo, la violación del principio de veracidad, con un análisis experto y detallado, ni deteniéndose un tiempo excesivo en leer y analizar el mensaje publicitario, sino de la manera en que lo analizaría un consumidor razonable, puesto ante las circunstancias.
>
> De esta manera, los anuncios publicitarios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. De varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor, al que se le pide un análisis mínimo, sin exigir que se trate de un análisis sofisticado o para el que se requiere ser un experto.
>
> Por otro lado el asumir que el consumidor realiza un análisis poco profundo no implica decir que el consumidor tiene un comportamiento ingenuo frente a la publicidad. Los consumidores son conscientes que el mensaje publicitario es un 'testimonio de parte interesada', es decir, que se formula con la intención de vender. Los consumidores son conscientes que las frases, expresiones o información contenida en un anuncio han sido incluidas con la intención de inducir el consumo del bien y servicio ofertado, y que, por tanto, el anunciante y el publicista suelen colocar dichas expresiones al límite y que suelen contener exageraciones susceptibles de ser identificadas por el consumidor como tales. Lo exigible es que el mensaje se dé en un contexto de competencia entre los proveedores limitada por la buena fe que impone un deber mínimo de lealtad para con el consumidor respecto a las afirmaciones que se formulan. Esto no implica que no se deba considerar que el consumidor actúa con un escepticismo natural frente a las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario.

27.27.7. A modo de conclusión

Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece criterios claros respecto a la responsabilidad civil del anunciante. Aunque a nuestro juicio debemos apelar, en estos casos, a los principios del Derecho común.

En ese orden de ideas, precisa tenerse presente, al evaluar los diferentes casos que puedan presentarse, que las normas sobre la materia establecidas en el Decreto Legislativo N.º 691, no son preceptos categóricos ni prohibiciones de carácter absoluto. Por el contrario, son normas que se encuentran sujetas a interpretación. Los criterios esbozados y desarrollados por el INDECOPI resultan esenciales en dicha labor, más aún si recordamos que las normas deben interpretarse y aplicarse sobre la base del principio de la buena fe.

27.28. Responsabilidad civil e informática: Aspectos generales

Las transformaciones políticas, sociales, técnicas y económicas de los últimos tiempos imponen el reconocimiento de nuevos ámbitos jurídicos y la necesidad, a su vez, de que el Derecho evolucione para dar cabida a las actuales demandas que protejan a la sociedad.

Como expresa Luis Carranza Torres,[1476] frente a las cada vez mayores repercusiones de las nuevas tecnologías en el Derecho, muchos de los problemas que se suscitan no se bastan de las soluciones jurídicas tradicionales, muchas de ellas insuficientes y obsoletas hoy en día, debido a que los conceptos y categorías básicos de la ciencia jurídica que surgieron en la edad moderna y en la codificación, han variado. Ello obliga a tener una actitud reflexiva, crítica y responsable, ante los nuevos problemas que acarrea la tecnología de la información,

[1476] Carranza Torres, Luis R. El Derecho frente a la sociedad de la información. En: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/El_derecho_frente_a_la_sociedad.asp

que torna necesario que los estudiosos del Derecho adopten, desde tal perspectiva jurídica, una conciencia tecnológica y se familiaricen con aspectos científicos e informáticos, y les incorporen los necesarios ordenamientos jurídicos, a fin de ponerlos al servicio del hombre y de una sociedad más justa y eficiente. Tal es la exigencia a que el Derecho deberá responder, por medio de sus nuevas ramas jurídicas.

El Derecho Informático, la Informática Jurídica y la Telemática se erigen dentro de este panorama como consecuencia inmediata e ineludible a la interacción entre el Derecho y las nuevas tecnologías y, más concretamente, por la interrelación existente entre la informática y el Derecho.

En este Capítulo revisaremos brevemente los aspectos generales de la responsabilidad civil que puede generarse como consecuencia de esta interacción. Para ello partimos de la premisa que la informática —y su entorno— es potencialmente generadora de daños injustos.

Esta premisa será también nuestra conclusión, en la medida que implica admitir que la informática, en tanto maneja una gran cantidad de intereses que se insertan en su amplio campo de actuación, puede suponer el nacimiento ya sea de un supuesto de responsabilidad civil contractual, como el de uno de responsabilidad civil extracontractual.

27.28.1. Informática y Derecho

Para entender lo que acaba de ser expuesto, debemos reconocer, en primer lugar, que vivimos en una sociedad donde las tecnologías de la información han llegado a ser la figura representativa de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a la expresión «sociedad de la información».

En efecto, las relaciones humanas dentro de esta sociedad se han visto redimensionadas gracias a la denominada revolución tecnológica que ha tomado como base u objeto a la información.

Si bien la información ya era inestimable en el pasado, en tanto otorgaba una situación ventajosa respecto a quienes no la tenían, en el presente se ha acrecentado llegando a constituirse en un elemento central del desarrollo en todas sus manifestaciones.

Ello, gracias a que hoy existe la posibilidad de convertir informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, de interrelacionar esa información y de procesarla con rapidez, como ocurre en la sociedad de la información.

Como señala Peter F. Drucker, «El recurso económico básico, el medio de producción, para utilizar el término de los economistas, ya no es el capital ni los recursos naturales (el suelo de los economistas) ni la mano de obra. Es y será el saber».[1477]

Aciertan quienes afirman que la información aporta cada vez más conocimiento, lo que en definitiva significa que cada vez otorga más poder y adquiere, por ende, mayor relevancia. Las nuevas tecnologías juegan un papel predominante dentro de este esquema, ofreciendo, además, una serie de retos y conflictos a los que el Derecho debe hacer frente.

La informática, definida a grandes rasgos como el tratamiento automático de la información por medio de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética, plantea así un nuevo reto para el Derecho con el que se encuentra en permanente contacto.

[1477] *Idem.*

Mientras la informática tiene la necesidad de contar con un marco regulador, el Derecho requiere contar con un respaldo en el procesamiento de datos que proporciona la primera.

Hoy podemos hablar, por consiguiente, de la formación paulatina de una etapa de verdadera conciencia informática, por parte de quienes reconocemos y admitimos la importancia de las computadoras y de las nuevas tecnologías como portadoras de un nuevo poder social y como elementos de transformación con incidencia en las relaciones jurídicas.

La interacción entre el Derecho y la Informática ha devenido en el desarrollo de dos complejas áreas, como son el campo de la Informática Jurídica y el del Derecho Informático o Derecho de la Informática. En la primera, el Derecho utiliza a la informática como herramienta para el diseño de medios de compilación y resguardo de información; en la segunda, en cambio, la Informática se apoya en el Derecho para integrar un marco regulador de sus actividades.

Asimismo, encontramos el llamado Derecho Telemático o Telemática, que es el resultado o producto de la convergencia de la informática y del Derecho de las Telecomunicaciones.

27.28.1.1. Derecho Informático

Como hemos afirmado anteriormente, la revolución tecnológica a la que asistimos, merced a los continuos progresos en el campo de las ciencias informáticas, ha hecho posible, entre otras cosas, la creación, acceso y cruce de todo tipo de informaciones, y constituye el sustrato cultural del cual surge la necesidad de contar con una nueva rama del Derecho que regule este nuevo campo de actuación de las normas jurídicas.[1478]

[1478] *Idem.*

La doctrina suele definir el Derecho Informático como el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos aspectos en que se relaciona la tecnología informática con una institución jurídica determinada en los diversos ámbitos del Derecho.[1479]

Jorge Bustamante Alsina[1480] siguiendo esta misma dirección, opta por conceptualizarlo como el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan el hecho informático, o sea las actividades relacionadas con el tratamiento electrónico de la información.[1481]

Por su parte, Téllez Valdez[1482] brinda una definición más completa del Derecho Informático en la que resalta su independencia y autonomía respecto de las otras ramas del Derecho:

> El Derecho Informático es una disciplina inequívocamente jurídica, integrada por las normas de los ordenamientos jurídicos que regulan un objeto peculiar: la informática.
>
> El Derecho Informático no es una simple síntesis de aspectos parciales y específicos de otras ramas jurídicas ya consagradas, ni un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar, sino realmente un derecho propio o una nueva disciplina jurídica independiente, que posee idénticos títulos científicos para alcanzar tal entidad autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el derecho aeronáutico, el derecho espacial, el derecho comunitario europeo. Disciplina en que, si la informática constituye su objeto inmediato, su objeto mediato es la información.

[1479] Beltramone, Guillermo y Ezequiel Zavale. *El Derecho en la Era Digital.* Rosario: Ed. Juris, 1997, p. 6.

[1480] Bustamante Alsina. Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 579.

[1481] Si bien el citado profesor considera que es tal vez «prematuro pretender hacer de ello una rama autónoma del Derecho», resalta la necesidad de otorgar a este nuevo fenómeno un tratamiento legislativo específico.

[1482] Citado por Núñez Ponce, Julio. *Derecho Informático. Nueva disciplina jurídica para una sociedad moderna.* Lima: Marsol Perú Editores S.A., 1996, pp. 24 y 25.

Ahora bien, el Derecho Informático o Derecho de Alta Tecnología comprende un espectro muy amplio de situaciones. En el Derecho comparado continental europeo se observa que esta nueva disciplina jurídica protege o pretende tutelar, diferentes temas o relaciones jurídicas:[1483]

- Derecho de los Contratos: Los contratos con aplicación tecnológica. Transferencia de tecnología, locación de servicios informáticos, venta telefónica, etc.

  Su regulación normativa viene dada —en principio— por la manifestación de la voluntad en contratos entre ausentes, la voluntad implícita, etc.

- Derechos Intelectuales: Protección legal de los derechos de autor. Régimen legal del Contrato de Edición. Los medios modernos de soporte de la información. Creaciones derivadas de programas de computación. La protección de la imagen. Jurisprudencia.

- Derecho Industrial: Régimen legal de Patentes de Invención. Modelos y diseños industriales. Protección legal de creaciones no patentables. Jurisprudencia.

- Derecho de las Comunicaciones: Régimen legal de la Radio y Televisión. Régimen legal de la Telefonía. Régimen legal de la Transmisión de Datos. Régimen legal de la Comunicación Satelital. Régimen legal de la Publicidad. Jurisprudencia.

[1483] «Derecho informático». En: http://derecho.org/comunidad/gjeangeorges/Di.htm

- Derecho de Daños: La responsabilidad civil y la indemnización. Manifestaciones del industrialismo. La responsabilidad civil en particular: Por productos elaborados. Por daño nuclear. Por daño profesional. Aplicación del sistema de «Actividad riesgosa» a los daños de la era tecnológica. Los derechos del «consumidor». Jurisprudencia.

- Derecho Penal: Espionaje industrial. Defensa de la competencia. Piratería informática. Daño informático voluntario (virus). Intromisión no autorizada en sistemas informáticos *(hackers)*. Violación de la intimidad. Jurisprudencia.

- Derecho Laboral: Enfermedades laborales en la época industrial. Las nuevas enfermedades.

- Derecho Fiscal: Regulación impositiva de los contratos tecnológicos. Jurisprudencia.

- Derecho Monetario y Bancario: Transferencia electrónica de fondos. Banca electrónica y sistema de pagos. Jurisprudencia y legislación.

- Derecho Procesal: Elección del proceso correcto. Las medidas cautelares idóneas. Jurisdicción y ley aplicable. Medios alternativos de solución de conflictos tecnológicos. Jurisprudencia.

- Derecho Internacional: Normativa del MERCOSUR sobre tecnología. Acuerdos internacionales y convenios multilaterales. Jurisdicción internacional. Jurisprudencia.

27.28.1.2. Informática Jurídica

Por otro lado, cuando la informática es utilizada como instrumento del Derecho y no como su objeto, nos encontramos frente a la denominada Informática Jurídica. La misma puede describirse, en pocas palabras, como la aplicación de la informática al Derecho.

Esta área, así caracterizada, comprende la utilización de los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas, de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico.

La informática jurídica posee variados y diversos usos que permiten que exista una base de datos computarizada, se automatice la gestión de un estudio, secretaría de juzgado, notaría, etc., toda vez que permite que se sistematice el conocimiento jurídico a través de la inteligencia artificial.[1484]

De manera general estas aplicaciones suelen ser agrupadas en tres grandes categorías, como son:

- La informática jurídica de documentación, que tiene por finalidad acumular datos sobre legislación, reglamentación, decisiones judiciales, opiniones jurídicas en dictámenes y doctrina, hechos, actos o cosas registrables, etc; con interés para la dilucidación de las relaciones de derecho.[1485]

- Informática jurídica de gestión, que consiste en funciones de colaboración de técnica y administrativa para las labores jurídicas, tales como la distribución de causas en los diferentes fueros, certificación, entre otros.

- Informática de decisión, que no se limita a procesar datos ejecutando una secuencia de instrucciones programadas mediante el uso de algoritmos, reglas y rutinas fijas, sino que evalúa estados a través de un motor de inferencia compuesto por reglas

---

[1484] Núñez Ponce, Julio. *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

[1485] Guastavino, Elías P. *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*, Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1987, p. 29.

lógicas, formales y de inferencia y con los conocimientos específicos aportados por el experto y cargados por el sistema, obteniendo un resultado razonado.[1486]

27.28.1.3. Telemática

La coincidencia entre la Informática y las telecomunicaciones da lugar, por su parte, a la Telemática o Derecho Telemático.

A pesar de que el mismo no goza todavía de una madurez académica y de una institucionalización suficiente, creemos relevante rescatar la necesidad y conveniencia de encarar su estudio científico en forma sistemática.

Si bien un análisis profundo de este tema excede el objetivo de nuestro trabajo, no podemos dejar de mencionar que el Derecho Telemático es el nuevo nombre del Derecho de las Telecomunicaciones. Las telecomunicaciones son entendidas en este contexto en su más amplio sentido como comunicaciones a distancia ya no solo telegráficas, telefónicas y radioeléctricas, sino a través de cualquier medio idóneo para el diálogo entre sujetos situados en distintos paralelos y meridianos.

Hoy, el horizonte telecomunicativo resulta inconmensurablemente expandido por las «autopistas de la información», que surcan el planeta constituyendo una verdadera red de redes en la que la televisión, la telefonía y los computadores convergen para trasmitir sonido, imagen, datos y textos a través de líneas telefónicas, fibras ópticas, cables submarinos y enlaces satelitales. Esta realidad de un mundo diferente no es solo un producto tecnológico, sino que involucra connotaciones políticas, económicas, sociales y culturales, con significativas proyecciones en el campo jurídico emergente.[1487]

[1486] Barriuso Ruiz, Carlos. *Interacción del Derecho y la Informática*. Madrid: Dykinson, 1996, p. 125.

Carlos E. Delpiazzo,[1488] luego de estudiar a profundidad esta disciplina, ha llegado a la conclusión de que la misma posee una serie de rasgos o características, a saber:

- En primer lugar, es fácil constatar que tanto el origen como el desarrollo del Derecho Telemático se encuentran asociados a la espectacular evolución de las telecomunicaciones en los últimos años, singularizada por la globalización, el cambio tecnológico y la reestructuración de los servicios.

- En segundo lugar, el Derecho Telemático está determinado por el dinamismo de las telecomunicaciones como sector de la economía, el cual se encuentra hoy en un proceso de transición desde el monopolio hacia la competencia en materia prestacional. En efecto, hasta comienzos de los años ochenta, en general existía en cada país un único operador, titular para su demarcación territorial de un Derecho exclusivo para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.

- En tercer lugar, como lógica consecuencia de lo que viene de decirse, el Derecho Telemático «combina el ánimo liberalizador con el mínimo común denominador de una regulación necesaria e imprescindible».

- En cuarto lugar, contrariamente a lo que podría inducir a pensar el señalado proceso de liberalización, la disciplina de la te-

[1487] Delpiazzo, Carlos E. «El Derecho Telemático: Respuesta a la Convergencia Tecnológica». En: http://comunidad.derecho.org/congreso/ponencia52.html

[1488] Delpiazzo, Carlos E. *Op. cit.*

lemática debe reputarse propia del Derecho público y con una fuerte presencia del Derecho internacional en su desenvolvimiento.

- En quinto lugar, resulta fácil inferir de los caracteres enumerados precedentemente, que el Derecho Telemático es por demás novedoso y sumamente técnico, aun en sus aspectos regulatorios, tanto a nivel interno de cada Estado como en el ámbito regional e internacional.

- Finalmente, partiendo de la multiplicidad de significados que convoca la expresión «autonomía», parece indiscutible proclamar la conveniencia de la autonomía didáctica del Derecho Telemático, sin que ello implique desconocer la autonomía que deriva de la consideración técnica unitaria de su expansivo objeto.

27.28.2. Responsabilidad contractual y extracontractual derivada de la informática

Es sabido por todos que la informática ha ingresado como una realidad latente a todas las actividades humanas, tales como el comercio, la industria, las telecomunicaciones, la prestación de servicios profesionales, etc. El Derecho y la actividad jurídica no constituyen una excepción: las relaciones jurídicas deben ser reguladas de forma idónea, por lo que surgen nuevas materias jurídicas.

Cuando la informática es concebida como objeto del Derecho, suscitando como consecuencia el Derecho Informático, son muchos los problemas que pueden surgir, como el de la propiedad y la protección del derecho de autor, referido al *software;* también cuestiones jurídicas sobre contratación, celebración, instrumentos y prueba de los contratos, problemas de responsabilidad civil por los daños que

eventualmente se pueden ocasionar a terceros por el tratamiento automatizado de la información nominativa, etc.[1489]

De la misma manera la informática jurídica y la telemática pueden desencadenar en algún evento dañoso. En todo caso, cuando el daño sea injusto deberá ser reparado. Las circunstancias del caso determinarán que se apliquen las normas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

«En Informática y Telemática consideramos que se dan hechos y acciones que están comprendidos en las esferas de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, dependiendo de la preexistencia de la obligación o de un genérico deber de injerencia no dañosa. Tanto en la elaboración del software o programas de computación en serie o medida, como en la creación de virus informáticos o transmisión y flujo telemático de información computarizada o digitalizada, se dan hechos y acciones con efecto dañoso».[1490]

27.28.2.1. Daños

En este orden de ideas, es preciso tener presente que son innumerables los daños informáticos que pueden generarse. En un esfuerzo por alcanzar un esquema, los podemos clasificar sobre la base de tres categorías, según se trate de:[1491]

- Daños producidos por defectos o deterioros en los componentes del sistema electrónico de elaboración de datos relacionado con el *hardware.*

[1489] Bustamante Alsina. Jorge. *Op. cit.*, p. 579.
[1490] Núñez Ponce, Julio. *Op. cit.*, p. 77.
[1491] Guastavino, Elías P. «Responsabilidad civil derivada de la informática». En: *Derecho de daños. Op. cit.*, p. 599.

- Daños causados por errores o disfuncionalidad en la preparación, elaboración, puesta en acción o funcionamiento de los programas vinculados al *software.*

- Daños derivados del uso ilícito de la computación en el tratamiento de datos erróneos en general o datos prohibidos, o protegidos, referidos a aspectos privados, secretos o íntimos, especialmente en informática nominativa.

27.28.2.2. Sujetos

Pero no solo los daños pueden ser diversos y variados, sino también los sujetos involucrados, sea en calidad de víctima o de causante del daño. Al fin y al cabo, como venimos reiterando a lo largo de este Capítulo, las situaciones fácticas pueden presentar distintas características y peculiaridades que pueden ser, asimismo, determinantes en cuanto a la evaluación de la responsabilidad.

En este tipo de supuestos son múltiples los sujetos y/o individuos que pueden verse implicados, en tanto es enorme la cantidad de situaciones que pueden acontecer en la realidad y que pueden dar lugar a un intrincado conjunto de relaciones jurídicas.

Marcelo Bauza[1492] es bastante claro respecto a este tema:

> Resulta un hecho constatable —y hay juristas que ya lo han puesto de manifiesto— que a la intrincada red de productos y servicios con componente informacional, informático o telemático, se le ha venido agregando en paralelo —y por lógica consecuencia— una no menos complicada trama de responsabilidades jurídicas entre los diversos partícipes de estas actividades.

[1492] Bauza Reilly, Marcelo. *Responsabilidad civil en materia informática.* Ponencia presentada en el IV Congreso Latinoamericano de Informática.

> Fabricantes de *software,* titulares de datos y otros servicios, titulares o autores intelectuales de los datos brutos, dueños o preemisarios de las líneas e infraestructura vinculada a las telecomunicaciones; en fin, clientes y usuarios o afectados finales por cualesquiera de estas extendidas actividades en las que interviene el ordenador electrónico, son tan sólo algunas de las personas que integran un amplio mosaico de sujetos que, en determinado momento, puede verse alcanzado —activa o pasivamente— por el ámbito de la responsabilidad civil.

Tal responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de la existencia o inexistencia de un vínculo contractual entre la víctima y el agente o causante del daño. La solución de cada caso concreto se realizará de acuerdo a los principios que informan cada uno de estos ámbitos, y se tomarán en cuenta, además, las características propias del evento.

27.28.2.3. Responsabilidad contractual

Como afirman Gabriel A. Stiglitz y Rosana M. Stiglitz, no debemos olvidar que en el marco de la actividad informática, la relación contractual cobra vida cuando el usuario, para la satisfacción de su interés, requiere el suministro de computadoras o programación, e incluso ambos elementos en su conjunto. Igualmente pueden pretender la modificación de un programa, su ampliación, mantenimiento, etc.[1493]

Por consiguiente, podemos asegurar que los vínculos contractuales son sumamente variados, en tanto que el incumplimiento de las obligaciones que estos encierran puede generar daños injustos que deberán ser reparados por el deudor de la prestación.

[1493] Stiglitz, Gabriel A. y Rosana M. Stiglitz. En *La Ley,* 1987-E, Sección Doctrina, p. 796.

Del mismo modo, las relaciones contractuales que se desarrollan en el marco de la informática y de la telemática se encuentran marcadas, además, por una notable dependencia mutua entre las partes, lo que convierte en esencial la confianza entre ellas. De esta manera, se puede sostener que la consecución del fin negocial implica que ambos contratantes cumplan adecuadamente sus prestaciones, guiando su actuación y conducta por el principio de buena fe que rige tanto en la negociación como en la celebración y ejecución del contrato.

Como anotan los profesores citados:[1494]

> En efecto, por un lado, en virtud del enorme desequilibrio en el nivel de conocimientos técnicos, el usuario debe confiar ampliamente la operatoria, a la decisión, consejos y actividad del prestador. Pero, además, este requiere que el propio usuario defina claramente cuáles son sus necesidades, a fin de que puedan ser fielmente interpretadas, en la ejecución de la tarea.
>
> Tal estado de cosas viene a significar que se ensancha el campo de los deberes de colaboración imprescindibles para que quien suministra el hardware o el software, pueda lograr la utilidad deseada, y evitar los riesgos y costos de una falta de entendimiento. Correlativamente, cabe prestar suma atención al espacio que queda para la eximición de responsabilidad del prestador, en los casos en que el propio hecho del usuario guarde un ligamen causal con la inejecución de la prestación pretendida, sea la ausencia o incorrección de su colaboración, o hasta el uso irregular del sistema.

27.28.2.4. Responsabilidad extracontractual

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, en el ámbito de la actividad informática son también numerosos los hechos ilícitos que generan el nacimiento de la obligación de reparar.

[1494] *Idem.*

Los delitos informáticos, por ejemplo, son una muestra de aquello, comprendiendo toda conducta deliberadamente dañosa para terceros, realizada por medio de una computadora. La actuación dolosa puede, asimismo, apuntar a la obtención de beneficios ilegales, a través de la malversación de datos almacenados o procesados en un sistema computarizado.[1495]

Destacan, además, una serie de eventos dañosos que sin llegar a ser delictivos suelen aflorar durante el ciclo de desarrollo del *software:* «Ilícitos verificables, en ocasiones, por errores o inexactitudes en el manejo de datos, a través de sistemas contratados por empleadores para liquidación de salarios al personal y desvirtúan los importes correspondientes a las remuneraciones; o programas de señalización del tránsito (semáforos) que al fallar generan accidentes; lo mismo en materia de aterrizaje de aviones, o control de redes ferroviarias; o bien sistemas de diagnóstico de un establecimiento asistencial que implique detectar enfermedades, etc. Y muy especialmente, los daños derivados de defectos del software atribuibles al productor no-vendedor, desvinculado contractualmente con el usuario».[1496]

Estos casos deben ser analizados con especial cuidado, pues si bien todos responden a los principios generales de la responsabilidad civil, presentan particularidades que no podemos simplemente ignorar. Otra vez, hablar de una única fórmula para evaluar y resolver los casos en los que un daño debe ser reparado, no es posible.

27.28.3. A modo de conclusión

Para finalizar solo nos queda decir que nuestra única intención en este Capítulo ha sido dejar en claro que con el advenimiento de las

[1495] *Ibidem,* p. 797.
[1496] *Ibidem,* p. 798.

nuevas tecnologías, los hombres de Derecho enfrentamos grandes desafíos, dado que debemos buscar soluciones jurídicas a las nuevas responsabilidades que se presentan para la «sociedad de la información» y la «aldea global», donde las fronteras prácticamente se han diluido.

El desarrollo y la evolución de la que formamos parte no solo se han manifestado en el aspecto económico y social, sino también en el jurídico, que enfrenta los problemas latentes de un mundo globalizado, así como el reto de atender a las necesidades de los nuevos tiempos.

Los académicos del Derecho nos encontramos con un nuevo desafío impuesto por la sociedad de la información que nos obliga, a la vez, a entender las nuevas tecnologías, para poder comprender los nuevos fenómenos que deben ser interpretados.

La evolución de la informática ha sido tan vertiginosa y ha adoptado aplicaciones tan diversas, que no resulta sencillo establecer con exactitud sus alcances, sus consecuencias económicas y sociales, ni sus consecuencias jurídicas.

Tomemos en cuenta que en las relaciones contractuales que surgen día a día en el mercado informático aparecen conflictos que tienen su origen en problemas de comunicación entre las partes, exceso de confianza o a veces incluso de desconfianza y desequilibrio en el nivel de conocimientos técnicos, entre otras causas.

Igualmente, en el tratamiento informático de los datos que se generan en las actividades comerciales electrónicas, nos encontramos con diversos problemas en el campo jurídico, entre los cuales cabe mencionar la validez del consentimiento otorgado por medios electrónicos, la determinación del lugar, momento y celebración del contrato, la prueba de la aceptación, la autenticidad de las partes, el uso y validez de los medios electrónicos de pago y la multiplicidad de sujetos intervinientes, supuesto, este último, en que se destaca la participación de los intermediarios encargados de suministrar los servicios informáticos para poner en contacto a los diferentes sujetos que deseen contratar por medios electrónicos.

Así, como afirma Bustamante Alsina,[1497] la informática es susceptible de producir otros ataques al secreto de la vida privada por la divulgación de esta. Comporta el riesgo de que aquellas informaciones acumuladas relativas a las personas sean utilizadas para otros fines distintos a aquellos para los cuales han sido recogidas. Ese riesgo de desviar la información, que existe también en los ficheros ordinarios, se multiplica en los ficheros automatizados, por la facilidad de la intercomunicación de un ordenador con órganos periféricos y aun de ordenadores entre sí.

Todo ello nos conduce a reiterar que la actividad informática y la telemática nos abren una compleja gama de posibilidades en cuanto a los daños injustos a los que pudieran dar origen.

Entre los tantos supuestos que pueden configurarse en la práctica es posible observar los siguientes:

- Responsabilidad civil de los creadores de virus informáticos.
- Responsabilidad civil de quienes atentan contra la integridad de sistemas de seguridad o protección informáticos o quienes ingresan a ellos sin autorización de sus propietarios.
- Responsabilidad civil derivada de la informática nominativa.
- Responsabilidad civil por daños ocasionados a terceros con ocasión de actividades informáticas.

[1497] Bustamante Alsina. Jorge. *Op. cit.*, p. 580.

- Responsabilidad civil en los contratos informáticos, es decir de aquellos que versan sobre programas o equipos informáticos.
- Responsabilidad civil derivada de los contratos celebrados a través de medios informáticos.
- Responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica.

27.29. Responsabilidad civil y bases de datos

El volumen de información que se registra en los bancos de datos públicos y privados es cada vez más abundante. De igual forma, debido a los avances de la tecnología, las posibilidades de acceder e intercambiar datos de múltiples fuentes de almacenamiento se acrecienta día a día.

Aunque nadie discute la utilidad de las fuentes de información, en tanto resulta innegable que representan un instrumento muy importante para la concreción de los más variados fines, lo cierto es que existe también la otra cara de la moneda, esto es, el poder que ejercen quienes manejan los mencionados bancos de datos.

En ese sentido, el derecho a la intimidad se ha visto violentado por el desarrollo tecnológico de los tiempos actuales. Con el objetivo de impedir y remediar tales situaciones es que surgen diferentes medidas que tienen por fin primordial proteger los derechos de las personas frente a los abusos e intromisiones que puedan afectarlas y que nazcan de la manipulación de la información.

La herramienta principal dentro de este esquema es el *Habeas Data*. A su vez, la institución de la responsabilidad civil juega un rol más que relevante al permitir la reparación de quien sufre algún daño que derive de los riesgos propios del empleo de los denominados Bancos Electrónicos o Bases de Datos.

Los riesgos, las posibilidades que existen de que los datos allí almacenados sean incorrectamente consignados, tratados o difundidos, produciendo un menoscabo en la intimidad o imagen de una persona, son enormes.

En efecto, la doctrina coincide en avertir que la llamada revolución informática —característica de nuestra sociedad moderna—, además de ofrecernos una serie de ventajas, como la rapidez en el archivo y transmisión de datos, trae aparejada una serie de riesgos. Muchas veces el registro puede desencadenar en la manipulación de la información recabada, mediante la transferencia, el intercambio o la desvirtualización del dato, atacando con ello la vida privada y la intimidad de las personas.

En las próximas páginas analizaremos, al menos a grandes rasgos, la responsabilidad civil que puede surgir como consecuencia de los riesgos que entraña la información nominativa o información que permite la identificación de las personas por medio del procesamiento de datos individuales que son acumulados en centros o bancos electrónicos.

27.29.1. Aspectos generales

Dentro de este esquema, debemos entender, en primer lugar, que la revolución tecnológica en la que vivimos genera la necesidad de proteger cada vez más la intimidad y la privacidad. Hoy en día «el mundo es información; y a mayor información, mayor poder». Vivimos en lo que muchos autores denominan la sociedad del conocimiento o de la información, producida en gran parte por esta revolución digital o tecnológica en la que nos hallamos inmersos.[1498]

[1498] Ferreira, Margarita Angélica. «Las Bases de Datos: El Poder de un Diskette». En: http://www.aaba.org.ar/bi20op83.htm

Con esta premisa en mente nos ocuparemos ahora de las Bases de Datos, las cuales —como efecto del auge de las nuevas tecnologías— se han convertido en el centro de los debates y controversias referidos a la intromisión en la vida privada de las personas. Asimismo, revisaremos brevemente cómo el derecho a la intimidad se ha visto afectado debido al desarrollo de la informática.[1499]

[1499] La Ley argentina de protección de los datos personales —Ley N.° 25.326— ofrece, en su artículo 2, una serie de definiciones vinculadas a nuestro tema de estudio:
Artículo 2.- «A los fines de la presente ley se entiende por:
- Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.
- Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.
- Archivo, registro, base o banco de datos: Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.
- Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relación, evaluación, bloqueo, destrucción y, en general, el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.
- Responsable de archivo, registro, base o banco de datos: Persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos.
- Datos informatizados: Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado.
- Titular de los datos: Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.
- Usuario de datos: Toda persona pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.
- Disociación de datos: Todo tratamiento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda asociarse a persona determinada o determinable».

27.29.1.1. La información y la tecnología

Empecemos por señalar que se llama «dato» a toda información que «entra» a un sistema de computación con destino a ser procesada por el mismo y también a la información que «sale» del sistema, luego de procesada. Los «datos» son la materia prima, la razón de ser y el producto del procesamiento informático. Constituyen el intermediario técnico imprescindible entre la «información» ingresada al sistema por medio de diferentes «periféricos de entrada» y la que puede obtenerse de distintos periféricos de salida.[1500]

Estos datos pueden ser públicos o privados. Los primeros son aquellos datos personales que son conocidos por un número cuantioso de personas sin que el titular pueda saber la fuente o formas de difusión del dato ni impedir que sea difundido dentro de los límites de convivencia y respeto, tales como el nombre, apellido, edad o profesión. Los segundos, en cambio, son aquellos que tienen reguladas situaciones o circunstancias en que la persona se ve obligada a darlos o ponerlos en conocimiento de un tercero, debiendo impedir su difusión y respetar la voluntad de su titular de guardar secreto sobre ellos.

A su vez, dentro de los datos privados encontramos los datos personales, íntimos o sensibles, que son aquellos respecto a los cuales el individuo puede proteger su difusión frente a cualquiera. Entre estos se encuentran los relacionados a las ideas políticas, creencias religiosas, salud física o mental, comportamiento sexual de los individuos, etc.

Los datos sensibles solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley.

[1500] Mera, Orlando Jorge. «La protección legal de las bases de datos». En: http://ecommerce.enel.net/gacetajudicial/1999/71/propiedad_intelectual.htm

También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

Por «base de datos» debe entenderse la organización sistemática, total o parcial, de «archivos», con miras a su explotación por uno o más sistemas de procesamiento de datos. Organizados en base de datos, los «archivos» se clasifican y ordenan en forma que pueda acceder a ellos sin dificultad quien conoce su denominación y/o ubicación, o ser revisados y seleccionados por quien busca una información pertinente dentro del conjunto de la «base de datos».[1501]

Desde esta perspectiva, y conforme a la doctrina consultada, podemos definir a las bases de datos como el conjunto de información relacionada sobre un tema, organizada de tal forma que suministra un fundamento para procedimientos, como la recuperación de información, elaboración de conclusiones y toma de decisiones. La información se divide, por lo general, en distintos registros de datos, cada uno de ellos con uno o más campos de datos. Es un programa que permite el almacenamiento de datos de manera estructurada y su consulta por parte de usuarios múltiples e independientes entre sí.

27.29.1.2. Nueva perspectiva del derecho a la intimidad y a la privacidad

El derecho a la intimidad personal ha adquirido nuevas dimensiones. Ya no es concebido solo desde su perspectiva negativa, como un simple derecho delimitador de un ámbito de no interferencia.

Por el contrario, de esa concepción inicial del derecho a la intimidad, la doctrina ha diseñado un derecho a la privacidad (lo que algunos autores han llamado derecho a la autodeterminación informativa)

[1501] Mera, Orlando Jorge. *Op. cit.*

con el que se pretende no solo rechazar cualquier intromisión a la vida privada de cada cual, sino también introducir mecanismos de control del sujeto afectado sobre las informaciones relativas a su persona o a su familia.[1502]

Así, podemos aseverar que el «derecho de la información» —consagrado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Peruana de 1993— tiene un doble significado: Es el derecho que todos tenemos de ser informados de lo que sucede y puede interesarnos; y, por otro lado, es el derecho a informar a los profesionales de la comunicación sobre los acontecimientos. Pero el ejercicio de este derecho no debe vulnerar otros derechos, como es el caso del derecho a la intimidad, sin que esto signifique —en ningún caso— menoscabo del ejercicio del derecho de información.[1503]

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho a informar y ser informado en esta nueva sociedad tecnológica supone, asimismo, el derecho de toda persona a controlar el flujo de informaciones que sobre su vida privada pueda existir en las bases de datos. La intimidad hoy implica, por consiguiente, el derecho o la facultad de autodeterminación informativa que entre otras muchas normas, se sustenta en el Convenio Europeo para la Protección de Datos Personales.

Ahora bien, lo anterior permite inferir que el tratamiento automático de la información y de los datos ha tenido y tiene gran incidencia en el derecho a la intimidad, al punto de redefinirla. Ya no solo se trata de proteger la esfera personal y privada de intromisiones injustificadas, sino que abarca otros aspectos, tal y como es subrayado por

[1502] Ferreira, Margarita Angélica. *Op. cit.*
[1503] Núñez Ponce, Julio. *Op. cit.*, p. 39.

Carlos Barriuso Ruiz,[1504] quien al definir el derecho a la intimidad afirma que el mismo abarca:[1505]

[1504] BARRIUSO RUIZ, Carlos. *Op. cit.*, pp. 145 y 146.

[1505] En el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, diversos ordenamientos jurídicos han admitido y aceptado la extensión del derecho a la intimidad y su interacción con el derecho a la información. Esto lo podemos apreciar nítidamente en la legislación argentina, más exactamente en la Ley N.° 25.326:
Capítulo III Derechos de los titulares de datos.
Artículo 13.- (Derecho de información).
Toda persona puede solicitar información al organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables. El registro que se lleve al efecto será de consulta pública y gratuita.
Artículo 14.- (Derecho de acceso).
1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes.
2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de *habeas data* prevista en esta ley.
3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.
4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales.
Artículo 15.- (Contenido de la información).
1. La información debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen.
2. La información debe ser amplia y versar sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento sólo comprenda un aspecto de los datos personales. En ningún caso el informe podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con el interesado.
3. La información, a opción del titular, podrá suministrarse por escrito, por medios electrónicos, telefónicos, de imagen, u otro idóneo a tal fin.
Artículo 16.- (Derecho de rectificación, actualización o supresión).
1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificados, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos.
2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.
3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de *habeas data* prevista en la presente ley.
4. En el supuesto de cesión, o transferencia de datos, el responsable o usuario del banco de datos debe notificar la rectificación o supresión al cesionario dentro del quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato.
5. La supresión no procede cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos.
6. Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión.
7. Los datos personales deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o en su caso, en las contractuales entre el responsable o usuario del banco de datos y el titular de los datos.

- El derecho a recibir información respecto de la existencia de las bases de datos que se hayan creado o se vayan a crear, su objetivo, los datos que almacena, los titulares responsables de aquellas, entre otros.

- El derecho a acceder a los datos concernientes para poder verificar y rectificar los datos personales y privados que sean erróneos, inexactos o hubieren caducado.

- El derecho a impedir y prohibir la recolección, el registro o la grabación, conservación, extracción, utilización, comunicación, manipulación y procesamiento de datos considerados sensibles o ultrasensibles, como son los referentes a su ideología, su salud, su vida sexual, entre otros.

- El derecho a la protección frente al uso indebido o fraudulento de los datos.

- El derecho a la autodeterminación informativa.

Conforme a calificadas opiniones, el derecho a la intimidad informática puede definirse dentro de este esquema como un derecho de control efectivo —por uno mismo— de la información que le compete, toda vez que se encuentra en el ámbito de su esfera privada y personal. Este derecho no se reduce, por consiguiente, a impedir intrusiones en la privacidad, sino también en conocer y determinar qué datos están almacenados, para rectificarlos si son erróneos o suprimirlos, si cabe.

Correlativamente, el responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, con el propósito de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

En idéntico sentido, el responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligados al secreto profesional respecto de los mismos.

A partir de este punto de vista, el derecho a la intimidad constituye un derecho de la personalidad que hoy no solo consiste en no sufrir perturbaciones en la identidad, personalidad moral, ideología, imagen, secreto de su vida particular, situación patrimonial, etc., y a vedar el uso de la información sobre sí mismo, sino también en la facultad de controlar y lograr que esta información no tenga un fin impropio, fundamentalmente por las potentes bases de datos del mundo moderno. La privacidad evoluciona hacia la «libertad informática», esto es, la libertad del particular de controlar la información nominativa concerniente, cuando está contenida en un centro electrónico de datos.[1506]

Pese a que no puede determinarse exactamente la fecha en que se produjo la transición de la idea de privacidad a la idea de protección de datos, lo cierto es que la importancia que ha alcanzado el tema en la actualidad es enorme.

En todo caso, observando la literatura cabe decir que el movimiento hacia la protección de datos se aceleró cuando a partir de los años setenta los especialistas en la materia, los técnicos, intervinieron en el debate.

Como enseña Fernando Galindo,[1507] «La expansión del almacenamiento y tratamiento de los datos, gracias a las posibilidades desarrolladas por los avances tecnológicos, por parte del poder público y también de empresas o poderes privados, y el énfasis puesto en la práctica de las leyes en los mecanismos de seguridad o de protección de datos, centrados especialmente en la obtención del consentimiento de aquéllos cuyos datos personales están almacenados en grandes ordenadores, originó en los años ochenta un cambio de filosofía para con el problema de las consecuencias políticas y sociales de las actividades profesionales de los informáticos y de las de los usuarios de los sistemas de información».

27.29.2. Responsabilidad civil e información nominativa

El uso ilícito o ilegal de datos origina no solo sanciones penales, sino también conlleva —en caso de daño—, el nacimiento de una obligación de indemnizar a favor de la víctima.

[1506] Barriuso Ruiz, Carlos. *Op. cit.*, p. 148.

[1507] Galindo, Fernando. *Derecho e informática.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1998, pp. 39 y 40.

Siguiendo el esquema elaborado por Guastavino,[1508] tenemos que la responsabilidad respecto de la información almacenada en bases o bancos de datos plantea tres perspectivas a partir de las cuales puede realizarse un análisis en términos de responsabilidad civil:

- Por un lado, la responsabilidad civil de los titulares o directivos de los bancos de datos frente a los usuarios a quienes han suministrado informaciones no verdaderas, insuficientes, desactualizadas o tardías.

- Por otro lado, la responsabilidad de dichos bancos de datos frente a los terceros de quienes se ha requerido información para ser almacenada, sobre hechos no susceptibles de ser obtenidos, por afectar la esfera de privacidad o intimidad personal.

- Por último, la responsabilidad que puede incumbir a las bases de datos con respecto a los entes generadores de los documentos de primer grado, o a los titulares de los derechos de autor cuyas obras son ingresadas a las computadoras de forma ilegal.

Siguiendo la dirección establecida en el punto anterior, hemos optado por estudiar la segunda de las hipótesis que plantea la dicotomía entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información.

En efecto, entre los terceros que pueden padecer daños injustos como consecuencia de las actividades informáticas, se encuentran las personas cuyos datos son objeto de encuestas que se almacenan, transmiten o difunden por medio de bancos electrónicos de datos, en lo que se conoce como informática nominativa.

Resulta evidente que, en tanto no media un contrato entre la víctima (el tercero afectado) y el operador del sistema informático que

[1508] Guastavino, Elías P. *Op. cit.*, p. 132.

brinda el servicio, la responsabilidad se ubica en el ámbito extracontractual.

De igual modo, resulta notorio —como lo hemos venido subrayando— que son diversos los riesgos que se derivan de este tipo de supuestos que se enmarcan dentro de la denominada «información nominativa». En términos generales, supone un grave riesgo para el secreto de la vida privada, en tanto un uso desviado o abusivo de la información en desmedro de la intimidad que ampara la identidad, situación social e ideología, es susceptible de generar daños.

Y es que, pese a que no negamos que los ficheros ordinarios suponen también una serie de riesgos, lo cierto es que los ficheros informatizados multiplican de modo alarmante estos peligros, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

De manera menos abstracta, Bustamante Alsina[1509] identifica y resalta los siguientes riesgos principales que se desprenden de la información nominativa:

(a) El riesgo de que la personalidad del sujeto sufra una alteración como consecuencia de las informaciones inexactas o incompletas que pueden introducirse en los ordenadores. Aquello podría, asimismo, comportar el riesgo de una categorización del individuo sin tener en cuenta los matices propios de su espíritu y su moral, lo que —a su vez— implicaría un atentado contra su identidad.

(b) El riesgo de que, debido a la memoria de los ordenadores, los datos nominativos se conserven indefinidamente, lo mismo que los resultados computarizados de ellos obtenidos. Lo ante-

[1509] Bustamante Alsina. Jorge. *Op. cit.*, p. 580.

rior implicaría una suerte de violación del «derecho al olvido», derecho natural e indispensable que toda persona posee y que consiste en no cargar el peso del pasado y permitir que cada hombre sea libre de rehacer su vida y su personalidad.

(c) El riesgo de que las informaciones contenidas en las bases de datos sean utilizadas con fines distintos a los que orientaron su recolección y registro, violentando con ello la vida privada del individuo. Los casos de divulgación de información encajan dentro de este supuesto.

Las consecuencias que acabamos de reseñar —como riesgos posibles de la acumulación de información nominativa por los procesamientos electrónicos de datos— configuran el hecho ilícito.

Ahora bien, a partir de los criterios descritos, en la Ley Argentina de Protección de Datos Personales —Ley N.° 25.326— podemos ser todavía más concretos y afirmar que el actuar antijurídico que configura el ilícito informativo que constituye uno de los elementos esenciales que dan origen a la responsabilidad civil extracontractual implica que:

(a) Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento no son ciertos, adecuados, pertinentes o son excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.

(b) La recolección de datos tuvo lugar a través de medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la ley.

(c) Los datos objeto de tratamiento son utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

(d) Los datos no son exactos o no están actualizados, en el caso de que ello fuere necesario.

(e) Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, no han sido suprimidos ni sustituidos, o —en su caso— completados, por el responsable del archivo o base de datos, a pesar de que tiene conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate.

(f) Los datos han sido almacenados de tal forma que no se permite el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

(g) Los datos no han sido destruidos a pesar de que han dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales fueron recolectados.

A las hipótesis anteriores debemos agregar que el tratamiento de datos personales es también antijurídico cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado. Esta regla tiene algunas excepciones, de modo que el consentimiento no es necesario cuando:

- Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;
- Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;
- Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;
- Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;

- Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme a las normas específicas de la materia.

Cuando se recaben datos personales, se deberá informar previamente a sus titulares —en forma expresa y clara— la finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios; asimismo, se les deberá comunicar la existencia del archivo, registro, banco de datos (electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate) y la identidad y domicilio de su responsable.

Tampoco debe omitirse la información concerniente a las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos.

En todo momento se debe tener en cuenta que los derechos que posee el titular del derecho a la autodeterminación informativa son los siguientes:

- Derecho a conocer la existencia de bancos de datos;
- Derecho de acceso a la información personal; y
- Derecho de rectificación, integración y cancelación de los datos, asegurando su calidad, exactitud y actualidad.

Núñez Ponce[1510] asegura que es posible calificar la gestión de base de datos como una actividad peligrosa, por cuanto el avance de la tecnología informática ha hecho posible compilar información en cantidades antes inimaginables para procesarla y difundirla en contados segundos en un ámbito infinito. Aquello genera un peligro potencial de daño por la eventualidad de difundir información distor-

[1510] NÚÑEZ PONCE, Julio. *Op. cit.*, p. 90.

sionada relativa a la persona o difundir información privada de esta. El solo hecho de que la información figure en la base de datos crea el peligro potencial del daño, de donde se sigue que aunque no es peligrosa por naturaleza, esta actividad sí lo es por la forma de su realización, esto es, a través de tecnología informática.

De esa forma, el citado profesor sostiene que, en ciertas circunstancias, puede utilizarse el criterio objetivo del riesgo creado dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil de 1984.

Por nuestra parte, disentimos del parecer de Núñez Ponce, y aunque su fundamentación es más que sugestiva, pensamos, al igual que Bustamante Alsina,[1511] que el factor de atribución en estos supuestos es el subjetivo, ya que los sistemas automatizados de información que emplean cosas o computadoras y elementos magnéticos, no son cosas peligrosas en sí mismas, sino simples instrumentos que el hombre maneja o acciona a voluntad.

Así, coincidimos con Barriuso[1512] al considerar que el productor o creador de la base de datos es responsable del contenido de la misma. En consecuencia, si por su negligencia aquella contiene información inexacta, no actualizada o incompleta, tiene la obligación de permitir el acceso y, en su caso, la rectificación. Por otro lado, un uso indebido de los datos registrados puede configurar un abuso de posición dominante ante la indefensión del usuario; un fraude, entre otros tantos hechos que —en sí mismos— comportan una serie de daños.

Somos conscientes de que los daños que la información nominativa ilícita o antijurídica puede causar a terceros, afectarían en algunos casos el patrimonio del encuestado, perjudicándole por la frus-

[1511] BUSTAMANTE ALSINA. Jorge. *Op. cit.*, p. 583.
[1512] BARRIUSO RUIZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 153.

tración de una ganancia legítimamente esperada o por la pérdida de una chance, sea esta de un negocio lucrativo en gestión, o por el desempeño de una actividad pública o privada o el ejercicio de una profesión.[1513]

El daño moral también es factible de configurarse en la medida que la víctima sufra padecimientos en lo que se puede calificar como su patrimonio moral subjetivo o, incluso, en el aspecto objetivo o social de su reputación, pues si bien el honor es un valor distinto de la intimidad, también puede verse afectado.

Por último, debemos recordar que la obligación de reparar a la víctima solo nacerá si el daño es consecuencia del actuar del agente. Además de la conducta antijurídica culposa o dolosa que origina el daño o perjuicio, tiene que existir una adecuada relación de causalidad.

27.29.3. A modo de conclusión

Actualmente todos los individuos —de forma voluntaria— proporcionan sus datos personales a distintas instituciones públicas o privadas, por las más diversas razones. El apropiado tratamiento de los datos, permite convertirlos en información útil para el logro de determinados objetivos. No obstante ello, esos datos también pueden amenazar la dignidad de los hombres por el uso arbitrario y malicioso de la informática.

Tal peligro se concreta, por ejemplo, con la capacidad de almacenamiento en la memoria de los ordenadores, la celeridad de todo el proceso, el desarrollo de las disímiles técnicas reservadas para el manejo de volúmenes de información, entre otros.

[1513] Bustamante Alsina. Jorge. *Op. cit.*, p. 581.

Así, un aspecto más que importante dentro de este contexto, es que la utilización de información privilegiada para fines privados es un hecho de gran actualidad. Las redes de comunicación, al igual que las bases de datos, tienen la capacidad de procesar ingentes cantidades de información a una velocidad impresionante, lo que puede poner en peligro la intimidad y privacidad de los sujetos. No olvidemos que «información» equivale a «poder», lo que nos lleva a asegurar que su automatización debe quedar sometida a cauces jurídicos.

Como enseña Barriuso Ruiz,[1514] «Los ciudadanos no deben encontrarse atrapados e indefensos ante el tráfico de su vida privada. Y las leyes protectoras deben garantizar, cuando menos, los derechos recogidos en la Constitución y aquellos derechos subjetivos contemplados en el ordenamiento, sin que pueda mancillarse nunca la dignidad y la libertad de la persona. El problema de la vulnerabilidad de la información registrada en soportes legibles por el ordenador, y la consiguiente necesidad de instrumentar un control del uso de tal información, con miras a proteger los diversos bienes jurídicos implicados, impone la necesidad de una legislación protectora y de garantías inmutables».

El desarrollo de las bases de datos personales, del mismo modo como puede producir resultados altamente positivos y enormes ventajas en las diversas ramas de la actividad humana, genera grandes riesgos.

En efecto, no todo es positivo pues existen muchos peligros derivados del mal manejo de estos datos, con las consecuencias que eso implica para los titulares de los mismos. Ejemplo de ello es la posible alteración de la personalidad, como consecuencia de las informaciones inexactas o incompletas o de la falta total de información, cate-

[1514] Barriuso Ruiz, Carlos. *Op. cit.*, p. 152.

gorizando a los individuos, sin tener en cuenta los sentimientos y la moral de cada uno.

El desarrollo de la informática puede producir otros ataques al secreto de la vida privada, por divulgación de esta para fines distintos de aquellos para los cuales fueron recogidos los datos, pudiendo ser utilizados para establecer entre las personas discriminaciones injustificadas, fundadas en particular en sus opiniones políticas, filosóficas o religiosas y, sobre todo, en su condición social o posición económica, atentándose así contra el principio de igualdad que es fundamental en la organización política del Estado.[1515]

En consecuencia, los diferentes supuestos posibles de dar nacimiento a la responsabilidad civil deben ser analizados tomando en consideración la nueva perspectiva del derecho a la intimidad, la cual ha surgido como derivación natural del desarrollo tecnológico propio de nuestro mundo moderno.

27.30. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento del contrato de arrendamiento

La importancia social del contrato de arrendamiento es indiscutible, en tanto el mismo, en lo que respecta a inmuebles, representa una respuesta al problema de la vivienda. De igual forma, su importancia jurídica es inapelable y se explica, a decir de Huc,[1516] porque «[...] la propiedad individual se encuentra de hecho distribuida, sea en cuanto al suelo, sea en cuanto a los instrumentos del trabajo y al capital industrial, de manera que aquellos que no poseen el suelo o que no tienen un capital industrial suficiente, necesitan tratar con aquellos

[1515] Ferreira, Margarita Angélica. *Op. cit.*

[1516] Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max. «Exégesis de Código Civil Peruano de 1984». *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, vol. II, p. 297.

que poseen ese capital o el suelo. De ahí resultan nuevas relaciones jurídicas que son reguladas por el contrato de locación».

El arrendamiento se remonta a la antigua Roma, cuyo Derecho lo presenta como un contrato típico denominado «*locatio-conductio*», el cual requería el consentimiento de las partes para su información. El Derecho Romano tuvo una visión muy amplia del arrendamiento, al punto de comprender diversas figuras contractuales dependiendo de cuál fuese el objeto del negocio. Dicho objeto podía ser una cosa, los servicios de una persona, o la actividad de una persona dirigida a producir cierto trabajo; de donde se sigue que se distinguía entre el arrendamiento de cosas *(locatio conductio rerum),* el de servicios *(locatio conductio operarum)* y el de obra *(locatio conductio operis),* respectivamente.

El Código Civil Peruano de 1936 siguió —al igual que muchos Códigos de la época— aquel esquema; no obstante, el legislador de 1984 entendió que una regulación como la planteada mezclaba instituciones que cuentan con rasgos particulares y que, por ende, deben ser diferenciadas.

Así, y en palabras de Max Arias-Schreiber,[1517] el Código Civil de 1984 marca un profundo cambio a este respecto, ya que mientras por un lado se refiere al arrendamiento, por el otro agrupa —bajo el rubro genérico de prestación de servicios— las modalidades de locación de servicios, de contrato de obra, de depósito y de secuestro. De esta manera, el Código distingue —acertadamente— entre aquellos contratos que tienen por objeto la actividad humana y el contrato de arrendamiento propiamente dicho, que implica la cesión temporal del uso de un bien a cambio de cierta cantidad convenida conocida como renta.

[1517] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, vol. II, p. 300.

Como expresa Jack Bigio:[1518]

> Al separar estas categorías no se hace otra cosa que reconocer, a nivel teórico y normativo, la distinta naturaleza de estas relaciones y regular con más propiedad la realidad socioeconómica, ya que no se pueden equiparar las relaciones originadas por la cesión del uso de un bien con las que se producen con motivo de la prestación de un servicio, que involucra la actividad humana. Por ello, las actuales legislaciones se han apartado del esquema anterior.

El contrato de arrendamiento ocupa un lugar de privilegio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, constituyéndose en el contrato típico que, luego de la compraventa, recibe la regulación más extensa y detallada. A esto debemos añadir que su relevancia práctica es muy grande, siendo frecuentes, asimismo, los problemas derivados de relaciones contractuales de esta naturaleza.

En este Capítulo centraremos nuestra atención en la responsabilidad civil que puede nacer como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que entraña ese acto jurídico. Como es evidente, nuestro análisis debe tener como preámbulo una revisión de los principales aspectos que encierra este contrato. Si bien no pretendemos realizar una evaluación exhaustiva, nuestra intención es construir el marco adecuado en el que podamos situarnos al momento de examinar un caso de incumplimiento.[1519]

27.30.1. El contrato de arrendamiento: Aspectos generales

Este contrato se encuentra definido en el artículo 1666 del Código Civil, norma que concibe al arrendamiento en razón de las prestaciones principales a las que las partes se obligan y que constituyen su esencia:

[1518] Bigio Chrem, Jack. «El contrato de arrendamiento». *Thémis*, n.° 30, año 1994, p. 197.

[1519] Las ideas que esbozamos en este Capítulo respecto al contrato de arrendamiento se encuentran desarrolladas con mayor profundidad en la obra *Tratado de los Contratos Típicos. El Contrato de Mutuo y el Contrato de Arrendamiento*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, tomo II, escrita por Mario Castillo Freyre.

Artículo 1666.- «Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida».

Un examen de esa definición supone, en primer lugar, identificar sus principales caracteres, los cuales nos permiten entender mejor esta figura contractual y, además, distinguirla de otras que, pese a mantener ciertas similitudes, no comparten sus rasgos esenciales:

- Es un contrato nominado.
- Es un contrato típico social y legal.
- Es un contrato simple, al dar nacimiento a una relación jurídica.
- Por su contenido, puede ser de naturaleza civil o mercantil.
- Es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.
- Es un contrato consensual, en cuanto se celebra con el solo consentimiento de las partes. Arrendador y arrendatario pueden adoptar, para la celebración del contrato, la formalidad que consideren más adecuada. Por una cuestión meramente probatoria y, por ende, de seguridad, la forma más común en ser empleada es la escrita.
- Es, esencialmente, un contrato de duración, la misma que podrá ser determinada (a plazo fijo), determinable (referida a un

evento cierto, pero no conocido en su fecha), o de duración indeterminada (cuando se ha tenido en cuenta el término inicial, mas no el final). Es, por consiguiente, un contrato de tracto sucesivo, pues la ejecución de las prestaciones se lleva a cabo en el tiempo y sin interrupción alguna, de donde se sigue que dicha ejecución es continuada y no periódica.

- Puede ser un contrato de negociación previa, o uno por adhesión o, incluso, uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación.

- En cuanto al rol económico, el arrendamiento se define como un contrato de goce, pues está destinado al disfrute del bien por el arrendatario, aunque sin tener disposición del mismo. Además, es un contrato de restitución, ya que obliga a quien recibe el bien a devolverlo.

- Su función es fundamentalmente constitutiva, aunque —por excepción— podría formar parte de contratos modificatorios. Jamás podrá ser un contrato resolutorio en la medida que siempre genera obligaciones.

- Es un contrato individual en tanto las obligaciones que crea únicamente afectan a las partes que lo celebran.

- Es esencialmente un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas. A decir de Bigio,[1520] la reciprocidad se manifiesta no solo a través de la existencia de prestaciones a cargo de cada una de las partes, sino también en la vinculación existente entre ellas, de tal forma que tienen la calidad de prestación y de contraprestación.

[1520] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 199.

- Respecto a su valoración, se caracteriza por ser un contrato a título oneroso.

- Es un contrato conmutativo, pues la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes, son conocidas por ellas de antemano. No obstante, es necesario resaltar que la naturaleza del arrendamiento no impide que pueda revestir la modalidad de aleatorio.

- En lo concerniente a sus efectos, estamos frente a un contrato meramente obligatorio u obligacional.

Como señaláramos anteriormente, este contrato se define en virtud de sus elementos esenciales: la concesión al arrendatario del uso y goce temporal de un bien, y el precio que se paga como contraprestación por ese uso, es decir, la renta.[1521]

Ahora bien, tal y como lo indica Bigio[1522] al analizar las normas que conforman el marco jurídico de esta figura contractual, el legislador ha buscado —con aciertos y desaciertos— encontrar el equilibrio entre los derechos del arrendatario y del arrendador, toda vez que persigue, asimismo, conferir seguridad al inversionista para, de ese modo, desarrollar la industria de la construcción.

En este orden de ideas, observamos que tanto el arrendador como el arrendatario son titulares de una serie de derechos y obligaciones que se han originado en el contrato de arrendamiento que ambos han celebrado. Así, el arrendatario tiene derecho al uso del bien durante el plazo de vigencia del contrato, y a no ser perturbado por el

[1521] Muchos autores optan por agregar como tercer elemento al consentimiento. Sin embargo, hemos preferido no hacerlo, en la medida que aquel es elemento esencial de todo contrato y, en consecuencia, no es un requisito específico del contrato de arrendamiento.

[1522] Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, p. 198.

arrendador. Este último, a su vez, tiene derecho a percibir la renta convenida y, al vencimiento del plazo, obtener la pronta restitución del bien arrendado.

27.30.2. Obligaciones de las partes

27.30.2.1. Obligaciones del arrendador

Analizar qué obligaciones debe cumplir el arrendador supone, en primer término, determinar quién puede ser arrendador, para lo cual es preciso remitirnos a las normas del Código Civil:

> Artículo 1667.- «Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra».
>
> Artículo 1669.- «El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente».

Al respecto debemos formular algunas observaciones. Así, para ser arrendador es indispensable poseer legitimidad y capacidad para ceder en uso un bien o derecho real. Mientras la legitimación está referida a la posibilidad o no de que quien cede el uso de un bien pueda hacerlo (para lo cual no es imprescindible que dicho sujeto sea propietario),[1523] la capacidad se refiere a la facultad para ceder el bien. Basta con que el sujeto tenga capacidad de goce.

[1523] El Código erróneamente ha dispuesto la existencia del denominado arrendamiento de bien ajeno:
Artículo 1671.- «Si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472».
Una lectura de esta norma nos permite apreciar que, en estricto, lo que en realidad regula el Código en el citado artículo es un contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no un contrato de arrendamiento. En todo caso, debemos tener presente que sí es posible el arrendamiento sobre bien ajeno, en la medida que no es necesario ser propietario para poder ser arrendador. Sin embargo, esa figura se rige por las normas generales que informan y ordenan el arrendamiento y no por el artículo 1671.

En caso que quien arriende el bien sea copropietario del mismo, debemos tener presente lo comentado por Arias-Schreiber:[1524]

> El copropietario de un bien no podrá arrendar el bien: para ello se requerirá del acuerdo unánime de todos los copropietarios. Aquí no existe ningún problema. Pero, respecto de la parte que le corresponde, ¿podrá arrendarla? Evidentemente no podrá hacerlo porque todavía no se ha producido la división y partición del bien y, por lo tanto, no se ha objetivado su cuota ideal sobre el mismo. Por ello, el artículo 978 del Código Civil prescribe que si un copropietario practica sobre el bien (en su totalidad o parte del mismo), acto que importe el ejercicio de la propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto. Esto no es óbice, sin embargo, para que el copropietario pueda disponer de su cuota ideal, es decir, vender por ejemplo su derecho en la copropiedad. Arrendar este derecho, en cambio, no tendría sentido porque se arrienda para usar y en este supuesto el uso es imposible.

En lo que concierne a sus obligaciones, es más que evidente que el arrendador asume como prestación principal una de dar que consiste en la entrega del bien que deberá hacer al arrendatario a título de uso.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece distinción alguna en lo que se refiere a la naturaleza del bien que puede ser objeto de arrendamiento. En ese sentido es posible que el arrendamiento recaiga sobre inmuebles o muebles. Del mismo modo, al no emplear el vocablo «cosa» y haberlo sustituido por el término «bien», el legislador de 1984 ha ampliado el ámbito de aplicación del contrato, al

[1524] Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, vol. II, pp. 327 y 328.

punto que es posible conferir el carácter de contrato típico al arrendamiento de derechos a cambio del pago de una renta.

Ninguna norma del Código Civil indica si el contrato puede versar sobre bienes consumibles o si, por el contrario, solo puede tener como objeto bienes no consumibles. En realidad, la lógica nos lleva a pensar que en la medida que el arrendador solo se obliga a ceder el uso del bien, no podría entenderse que el contrato de arrendamiento versase sobre bienes que se destruyen o deterioran notablemente con el primer uso.

Si bien este razonamiento se aplica como regla general, no puede ser catalogado como absoluto. En efecto, es cierto que son los mismos bienes entregados en uso —y no otros— los que deben ser devueltos al término del plazo establecido en el contrato; pero es posible encontrar supuestos, poco usuales, en los que a pesar de la naturaleza consumible del bien, este no fuese consumido durante la vigencia del arrendamiento. El ejemplo más común es aquel en el cual el bien arrendado es una colección de vinos que será puesta en exhibición.

Esto nos lleva a concluir que el arrendamiento debe recaer, necesariamente, sobre un bien cierto o incierto, es decir, sobre un bien determinado al momento de la celebración del contrato; o sobre uno determinable que ha sido especificado, al menos en su especie y cantidad, de tal forma que para cumplir con la entrega se realiza la elección del bien, convirtiéndolo en un bien determinado.

Ello, en estricto, equivale a afirmar que trátese de un bien cierto o de uno incierto, el arrendamiento siempre terminará versando sobre un bien cierto.

A esta obligación esencial del arrendador —que emana del artículo 1666—, se suman otras obligaciones que pese a no ser esenciales, vienen dadas por la naturaleza misma del arrendamiento. Dichas

obligaciones se encuentran señaladas en un Capítulo especial dentro del Título que regula este contrato:

> Artículo 1678.- «El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos.
>
> Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba efectuarse en otro lugar o época».
>
> Artículo 1679.- «Entregado el bien al arrendatario, se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso».
>
> Artículo 1680.- «También está obligado el arrendador:
>
> 1. A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.
>
> 2. A realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto».

La lectura de estas normas nos permite inferir que la obligación principal que debe cumplir el arrendador es la de proporcionar el goce pacífico del bien arrendado. Esta obligación se descompone en tres obligaciones específicas:

(a) Obligación de entregar el bien al arrendatario. Esta obligación implica, asimismo, que el arrendador deba asumir los gastos que ocasione la entrega.[1525] Vale recalcar que en dicha entrega

[1525] A pesar de que no se ha establecido una norma especial en sede de arrendamiento respecto a este tema, es claro, por aplicación del artículo 1241 del Código Civil, que

se presume, admitiéndose la prueba en contrario, que el bien se encuentra en buen estado.

Esta obligación de dar debe ceñirse en estricto a los principios de identidad e integridad del pago. Los accesorios del bien, a su vez, deben ser entregados, lo que concuerda con lo previsto por el artículo 1134 del Código Civil.

La entrega del bien y de sus accesorios debe realizarse en el lugar, plazo y estado convenidos.

Si las partes no hubieran establecido el momento de la entrega, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 1678, precepto que concuerda con la norma general de pago contenida en el artículo 1240, en la que se señala que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

En lo que respecta a la presunción de buen estado, cabe señalar que aquella responde directamente a la naturaleza misma del contrato, en la medida que se entiende que el bien entregado se encuentra en condiciones de servir, de ser usado y, por ende, de ser útil a efectos del contrato. Precisa señalarse, sin embargo, que la situación del arrendador prácticamente no variaría si la presunción no existiese, pues si el arrendatario se considerara perjudicado, tendría que demostrar tal perjuicio.

(b) Obligación de mantener la cosa de manera que le sirva al arrendatario, esto es que le sea útil para la finalidad del arrendamiento. Durante el arrendamiento el arrendador deberá

el arrendador, como deudor que es, deberá sufragar los gastos que ocasione la entrega del bien arrendado.

efectuar todas las reparaciones necesarias[1526] y las útiles a las que se haya comprometido, tema vinculado directamente con el principio de identidad.[1527]

(c) Obligación de evitar todas las molestias o perturbaciones que pueda sufrir el arrendatario.

El arrendador no puede efectuar arreglos o modificaciones que perturben al arrendatario, salvo que sean indispensables (arreglo del techo, por ejemplo), pero el arrendatario tendrá derecho a que se rebaje la renta en forma proporcional a dichas perturbaciones. Y si las reparaciones recaen sobre parte importante de la cosa, el arrendatario puede dar por terminado el contrato.

Si las perturbaciones derivan de actos o hechos de terceros, es preciso distinguir entre:

- Perturbaciones de hecho, que el arrendatario perseguirá a su propio nombre.

[1526] Asimismo, es preciso subrayar que el tema de las mejoras también podría verse involucrado, para lo cual se recurrirá, de ser el caso, a lo dispuesto de manera general en el Libro de Derechos Reales.

[1527] En este sentido, debemos interpretar las normas contenidas en distintos artículos del Código Civil:
Artículo 1672.- «El arrendador no puede realizar en el bien innovaciones que disminuyan el uso por parte del arrendatario».
Artículo 1673.- «Si en el curso del arrendamiento el bien requiere reparaciones que no pueden diferirse hasta el fin del contrato, el arrendatario debe tolerarlas aun cuando importen privación del uso de una parte de él».
Artículo 1674.- «Cuando para reparar el bien se impide al arrendatario que use una parte de él, éste tiene derecho a dar por resuelto el contrato o a la rebaja en la renta proporcional al tiempo y a la parte que no utiliza».

- Perturbaciones de derecho: Si la turbación solo imposibilita parcialmente el goce del bien, el arrendatario puede pedir rebaja de la renta para el tiempo restante. Si la turbación es total puede pedir la terminación del contrato con indemnización de perjuicios en caso que el arrendador hubiere conocido la causa al tiempo del contrato. Si no la conocía, solo debe el daño emergente y no el lucro cesante.

  El arrendador también responde por los vicios que tenga el bien y que impidan darle el uso para el cual fue arrendado.

27.30.2.2. Obligaciones del arrendatario

En el artículo 1666 del Código Civil se encuentra enunciada la obligación principal del arrendatario, esto es, pagar una renta a cambio del uso que hará del bien arrendado.

Cabe indicar que nuestro Código no establece cuál es la naturaleza de la renta, vale decir, si ella necesariamente tiene que consistir en dinero o signo que lo represente, o si la misma podría consistir en bienes de distinta naturaleza.

El supuesto más común es que en el contrato se establezca como renta una suma de dinero. Sin embargo, resultan posibles los supuestos en los que la contraprestación a ejecutar por el arrendatario sea distinta. En estos casos, a fin de entender el contrato como uno típico, conviene calificarlo como un arrendamiento y, por consiguiente, interpretar de manera amplia la fórmula contenida en el artículo 1666.

Así, lo único que se exige con respecto a su naturaleza es que se trate de una renta cierta, esto es, que la renta sea determinada o al menos determinable, pues de lo contrario no habría contrato de arrendamiento, en la medida que el pago de la renta constituye uno de sus elementos esenciales.

El pago se realiza en el lugar pactado. Supletoriamente, a falta de acuerdo, se aplica el artículo 1238 del Código Civil, por lo que el pago se efectúa en el domicilio del deudor (que en este caso es el arrendatario).

Por supuesto, el pago de la renta no es la única obligación del arrendatario, ya que este debe adicionalmente cumplir con numerosas prestaciones, que incluso abarcan un capítulo dentro de la regulación del contrato de arrendamiento, pero que fundamentalmente encuentran sustento en el artículo 1681 del Código Civil.

En primer lugar, del numeral citado se desprende que el arrendatario es titular, como consecuencia del contrato de arrendamiento, de un conjunto de obligaciones que suponen tanto prestaciones de hacer como de no hacer.

El inciso primero regula la recepción del bien que, como es evidente, deviene en contrapartida natural del deber de entrega del arrendador. A este momento, esto es el de la recepción, muchos autores le atribuyen enorme relevancia, ya que es a partir de aquí en que el arrendatario asume distintas responsabilidades y riesgos. Una vez recibido el bien, el arrendatario se encuentra obligado a cuidarlo en forma diligente, toda vez que debe usarlo de acuerdo a lo pactado o, en todo caso, de acuerdo al uso que se presume de las circunstancias.

A esto debemos añadir que si el arrendatario se negase a recibir el bien, el arrendador, en caso de insistir en la ejecución del contrato, podría llegar a forzar el pago a través del mecanismo judicial de la consignación.

El inciso segundo se refiere, en cambio, al pago de la renta. Al respecto —y más allá de los comentarios que sobre el tema hemos efectuado— creemos necesario recordar que al encontrarnos ante un contrato de prestaciones recíprocas, el arrendatario podrá invocar la excepción de incumplimiento cuando el arrendador no satisfaga las

obligaciones que le incumben. En ese sentido, y de presentarse una situación como la descrita, el arrendatario podrá suspender el pago de la renta.

El cuidado que deberá asumir el arrendatario con relación al bien, una vez recibido, se define como un patrón de conducta de carácter objetivo, que determina que esté obligado a actuar con diligencia.

Luego cabe aludir a los incisos sexto y octavo del artículo 1681.

El primero se refiere a las reparaciones que debe realizar el arrendatario en virtud del contrato o de la ley. A decir de Arias-Schreiber:[1528] «Debido a su potencial importancia económica, resulta particularmente conveniente que se pacten cuidadosamente cuáles son las reparaciones que quedan a cargo del arrendatario, evitando que se confundan con las del arrendador. En líneas generales, y tomando como base el Código Civil francés, le tocarán al arrendatario las llamadas reparaciones *menu entretien*, es decir, las ordinarias, mientras que al arrendador le corresponderán las importantes o extraordinarias».

Esta obligación se desprende de la naturaleza del contrato y de la lógica común en cuanto a lo justo. Por tal razón, el citado inciso sexto del artículo 1681 debe ser leído en concordancia con el artículo 1682 del Código Civil.[1529]

[1528] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, vol. II, p. 384.

[1529] Artículo 1682.- «El arrendatario está obligado a dar aviso inmediato al arrendador de las reparaciones que haya que efectuar, bajo responsabilidad por los daños y perjuicios resultantes.
Si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario debe realizarlas directamente, con derecho a reembolso, siempre que avise al mismo tiempo al arrendador.
En los demás casos, los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario son de cargo del arrendatario, salvo pacto distinto».

Vinculado directamente con el tema, el inciso octavo del artículo 1681 del Código señala, por su parte, que el arrendatario necesita el asentimiento del arrendador para introducir cambios o realizar modificaciones. Esta prestación de no hacer se suma a la obligación de no hacer uso imprudente o contrario a las buenas costumbres y a la de no subarrendar sin el consentimiento escrito del arrendador.

El arrendatario debe, asimismo, devolver el bien[1530] al término de la vigencia del contrato, en el mismo estado en el que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

Las palabras de Rezzónico resultan elocuentes en este punto, en tanto afirma que esta obligación es quizá tanto o más importante que la obligación de pagar la renta: «(...) Es esta una obligación cuyo fundamento reside visiblemente en la naturaleza misma del contrato de locación, por el cual el locatario sólo adquiere el uso y goce temporario de la cosa arrendada y no su propiedad, que no cambia de titular por efecto de ese contrato. Y como se trata precisamente de la obligación de dar una cosa cierta que debe ser restituida o devuelta al acreedor, se comprende también que el locatario debe reintegrar al locador la misma cosa recibida en locación y no otra, ni tampoco su valor '*in cadem esentia*'».[1531]

27.30.3. Responsabilidad civil derivada del incumplimiento

Lo hasta aquí expuesto nos permite tener una idea clara acerca de las diferentes obligaciones a las que el contrato de arrendamiento da lu-

---

[1530] Artículo 1675.- «El bien mueble arrendado se debe restituir en el lugar en que fue entregado, salvo pacto distinto».

[1531] REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967, tomo I, p. 350.

gar y cuyo incumplimiento, como veremos, puede desencadenar en una acción en la que el sujeto que ha sufrido el daño injusto exija ser indemnizado.

En este contexto, y tomando en cuenta que la responsabilidad civil contractual se configura a partir de la concurrencia de diferentes elementos, consideramos oportuno realizar algunas precisiones.

En primer término, debemos dedicar algunas líneas al tema del incumplimiento contractual, de modo que podamos llegar a una definición de este. A grandes rasgos, podemos afirmar que el incumplimiento —a los fines que en este Capítulo nos interesan—, esto es, la resolución por incumplimiento, así como la responsabilidad civil a la que puede dar lugar, es una conducta opuesta a aquella por la que se concreta el cumplimiento. En este sentido, incumplir es no ejecutar o ejecutar parcialmente o de manera inexacta las prestaciones a las que uno se ha obligado.

Incumplir significa, desde esta perspectiva, dejar de hacer aquello a que se está obligado. En algunos casos el incumplimiento de una sola prestación llevará implícito el incumplimiento total del contrato; en otros casos, el deudor habrá cumplido con algunas de las prestaciones a su cargo, dejando otras pendientes. El grado del incumplimiento —cuando es parcial— queda reservado al buen criterio jurisprudencial, limitado por el principio de razonabilidad y por la idea de que la prestación incumplida debe ser de suficiente entidad como para quitar interés al acreedor respecto de la ejecución ulterior.[1532]

Mosset Iturraspe precisa, sobre este tema, que la exactitud del cumplimiento se perfila sobre la base de cuatro requisitos o princi-

[1532] Venini, Juan Carlos. *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual.* Santa Fe: Juris, 1990, p. 31.

pios: el de identidad, el de integridad, el de localización y el de puntualidad.[1533]

Cuando uno de los contratantes no afronta las prestaciones a su cargo, frustrando con ello el negocio, nace en cabeza del otro la posibilidad de poner fin al nexo, es decir, la posibilidad de resolver el contrato y, de haber sufrido daños, de exigir una indemnización. Esta opción normalmente opera cuando media incumplimiento absoluto de la prestación, aunque también podría operar en los supuestos de cumplimiento parcial o inexacto. En todo caso, debemos tener en cuenta que no obstante presentarse la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, es posible optar por exigir el cumplimiento del mismo y no resolverlo.

Como expresa Venini,[1534] «La opción por la resolución o el incumplimiento debe ejercerse aun en el caso de que una de las partes hubiere demostrado a las claras su intención de no cumplir: cuando el incumplimiento revista carácter de definitivo, por su exclusiva culpa, aun así insisto, cabe la opción, resolver el contrato o requerir el cumplimiento, ya que una u otra de las alternativas traerá aparejadas consecuencias distintas».

La resolución implica la restitución de las prestaciones, en la medida de lo posible, de acuerdo a la naturaleza del contrato de arrendamiento que, como bien lo sabemos, es un contrato de tracto sucesivo.

Teniendo, por consiguiente, esa alternativa —exigir el cumplimiento o dinamizar la resolución—, parece claro que cualquiera que elija deba llevarlo a que su patrimonio quede incólume. En otras palabras, si el incumplimiento le ocasionó pérdida de ganancias o gastos

[1533] Venini, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 36.
[1534] *Ibidem*, p. 37.

de cualquier índole (siempre que guarden relación de causalidad adecuada y, por tanto, sean consecuencia necesaria e inmediata de aquel), puede obtener su resarcimiento.

En lo referente al cumplimiento, las alternativas dependerán de la naturaleza de la prestación. Cuando la obligación sea de hacer, como la que tienen ambos contratantes de efectuar las reparaciones que conciernen a cada uno según lo pactado o lo previsto por la ley, el acreedor podrá escoger alguna de las que le ofrece el artículo 1150 del Código Civil, en adición a la regla consignada en el artículo 1152 del mismo Código, relativa al pago de la indemnización que corresponda.

El Código también se encarga de regular las acciones con las que cuenta el acreedor de una obligación de hacer en los casos de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor, apelándose, para ello, a los artículos 1151 y 1152 de dicho cuerpo legal.

Respecto a las obligaciones de no hacer —entre las que se incluye, por ejemplo, la obligación del arrendatario de no introducir cambios ni hacer modificaciones— también será necesario recurrir a las normas correspondientes del Código Civil, específicamente a los artículos 1158 y 1159.

Además de la opción del acreedor para adoptar las medidas citadas —entre las que se cuenta el dejar sin efecto la obligación—, tiene específicamente, conforme a las normas del arrendamiento, la atribución de resolver el contrato.

En tal sentido, el artículo 1697 del Código Civil plantea una serie de causales específicas por las cuales el acreedor puede solicitar en vía judicial tal resolución. El inciso quinto de dicho precepto constituye una norma genérica que abarca, en realidad, los cuatro incisos anteriores y que, en estricto, resulta innecesaria. A continuación transcribimos la regla citada:

Artículo 1697.- «El contrato de arrendamiento puede resolverse:

1. Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.

2. En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.[1535]

3. Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.

4. Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.

5. Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones».

El artículo trascrito debe aplicarse conjuntamente con el numeral 1428 del propio Código y, eventualmente, con el artículo 1429 de ese mismo cuerpo legislativo. Por lo demás, nada impide —en la medida que el artículo 1697 es una norma dispositiva y no imperati-

[1535] Consideramos que la inclusión de este inciso no es acertada, ya que si se tuvo que seguir un proceso judicial de resolución por incumplimiento, basado en el inciso 1 del propio artículo 1697, y el arrendatario fue vencido en juicio, condenándosele a desalojar el inmueble y a pagar las rentas atrasadas, se habría producido un caso de resolución judicial, razón por la cual sería absolutamente innecesario en el terreno teórico y en el práctico que se vuelva a resolver el contrato, judicial o extrajudicialmente, por falta de pago de un período adicional de quince días. Ello carece de sentido.

va— que las partes puedan pactar, en ejercicio de su autonomía privada, que el incumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en el contrato, dé lugar a su resolución de pleno derecho, en aplicación del artículo 1430 del Código Civil.

Lo prescrito en el artículo 1430 implica que para que el arrendador o el arrendatario puedan hacer uso de la cláusula resolutoria expresa, la causal de incumplimiento materia de la misma deba encontrarse establecida con toda precisión como tal, es decir, como causal de resolución expresa.

El inciso quinto del artículo 1697, a nuestro modo de ver, desnaturaliza, por su generalidad, el sistema de cláusula resolutoria expresa, la misma que necesariamente debe entenderse como específica.

Para que la acción de responsabilidad civil proceda es imprescindible que el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso haya ocasionado daños al acreedor, lo que se regirá según las normas y los principios generales de responsabilidad civil contractual.

En esta materia resulta interesante el tema de la procedencia o improcedencia de la reparación del daño moral contractual, el cual queda a criterio del juez, de modo que es este quien puede, luego de un examen de los hechos y las pruebas presentadas, acordar o rechazar la reparación.

La reparación del agravio moral por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, requiere la clara demostración de la existencia de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, que no puede ni debe confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios. Esta estrictez en su admisión es una condición que se pone con el objeto de que el actor pruebe en qué ha consistido su detrimento moral, cuáles son las particularidades del incumplimiento y del caso en general que, debidamente acreditadas, lleven al convencimiento de que no está ante molestias o angustias de

quien ha seguido los distintos pasos que han terminado en la frustración del negocio, sino en sufrimientos profundos motivados por las características que en un supuesto especifico puede motivar determinados incumplimientos.[1536]

Es factible imaginar que en caso de que la obligación incumplida sea por el uso del bien arrendado violando el orden público o las buenas costumbres, el arrendador se vea afectado moralmente de acuerdo a las particulares circunstancias que puede conllevar dicho incumplimiento.

Otro aspecto a destacar es que entre el hecho imputable y la prestación debida tiene que mediar una relación de causalidad adecuada, esto es, que la culpa del deudor resulte del incumplimiento de una obligación realmente contenida en el contrato o en la ley. Así, el incumplimiento culpable sería la causa fuente del deber de reparar.

Bajo estas premisas revisaremos, ahora, algunas de las normas especificas sobre responsabilidad en materia de arrendamiento. Debe precisarse, en primer lugar, que los artículos 1683, 1684, 1685 y 1686 del Código Civil de 1984, que veremos a continuación, regulan situaciones que ya se encuentran previstas en las normas generales de inejecución de obligaciones y en los artículos 1138 y 1685, al igual que en los principios generales de responsabilidad:

> Artículo 1683.- «El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.

[1536] Venini, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

> Es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien».

En esta norma podemos apreciar que en sede de arrendamiento el legislador ha procedido en el mismo sentido que en sede de obligaciones y de responsabilidad civil, al prescribir que el arrendatario es responsable por la pérdida o el deterioro del bien que ocurran durante la vigencia del contrato, incluso cuando deriven de incendio, si no prueba que no ha ocurrido por causa no imputable a él.

Con esta disposición, como es evidente, se impone una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el incumplimiento obedece a culpa del deudor, pues aunque la norma no establece el grado de culpa, se entiende que se trata de culpa leve, en concordancia con el artículo 1329 del propio Código.

El arrendatario puede exonerarse demostrando que la pérdida o deterioro obedeció a causas no imputables a él, por lo que necesita probar que tal pérdida o deterioro se produjo no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o por caso fortuito o fuerza mayor.

En el segundo párrafo, se extiende la responsabilidad del arrendatario a aquellos daños y perjuicios que hubiesen ocasionado al bien arrendado las personas que él hubiese admitido, aunque tal admisión hubiese sido temporal. Este precepto se justifica en virtud del deber de conservación que tiene el arrendatario respecto del bien y que supone una doble responsabilidad que abarca a la denominada culpa *in vigilando* y a la culpa *in eligendo*. En consecuencia, el arrendatario se encuentra obligado a custodiar adecuadamente el bien arrendado, y, además, a calificar a las personas a quienes permitirá su uso eventual (por ejemplo, terceros visitantes).

Ahora corresponde ocuparnos del contenido del artículo 1684.

> Artículo 1684.- «Si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.
>
> Si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.
>
> Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador».

La norma transcrita permite eximir al arrendatario de responsabilidad frente al arrendador, en la medida que el bien destruido o deteriorado por el incendio se encuentre asegurado por el arrendador o por cuenta de este. Obviamente, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se mantiene respecto de la parte del bien que no está asegurada, limitándose así a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo. Si el bien ha sido valorizado en el contrato de arrendamiento en la misma cantidad por la que ha sido asegurado, el cumplimiento de la prestación del asegurador libera de responsabilidad al arrendatario.[1537]

El asegurador, luego de haber pagado al arrendador, tiene expedito su derecho para subrogarse en su lugar y accionar contra el arrendatario. Esta acción no prosperará, sin embargo, si el arrendatario prueba que el siniestro obedeció a causa no imputable o a caso fortuito o de fuerza mayor. Aquí la indemnización tendría que ser asumida por el asegurador, pues la subrogación no le transmitiría derecho alguno, ya que el arrendatario estaría eximido de responsabilidad.

[1537] ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max. *Op. cit.*, vol. II, p. 390.

Por otra parte, el artículo 1685 del Código Civil establece lo siguiente:

> Artículo 1685.- «Si son varios los arrendatarios, todos son responsables por la pérdida o deterioro del bien en proporción al valor de la parte que ocupan, salvo que se pruebe que el siniestro comenzó en la habitación o parte del inmueble arrendado a uno de ellos, quien, en tal caso, será el único responsable».

Esta regla regula un supuesto especial, pues plantea como hipótesis que el bien siniestrado haya estado ocupado por más de un arrendatario. El principio que parece inspirar la norma es el de la justicia, que conlleva a la responsabilidad compartida. Esa responsabilidad se distribuirá, de no ser posible determinar dónde comenzó el siniestro, entre todos los arrendatarios, de acuerdo con el valor de la parte del bien que ocupa cada uno de ellos. La responsabilidad, en este caso, es entonces divisible y mancomunada, en concordancia con los artículos 1172, 1173 y 1182 del Código Civil.

Si, en cambio, se logra identificar el lugar donde se inició el siniestro, el arrendatario culpable deberá responder por el íntegro de los daños y perjuicios causados no solo al arrendador, sino también a los demás arrendatarios, aunque con estos últimos su responsabilidad es extracontractual.

Ahora nos corresponde estudiar el artículo 1686 del Código Civil:

> Artículo 1686.- «Si el arrendador ocupa alguna parte del predio, será considerado como arrendatario, respecto a la responsabilidad a que se refiere el artículo 1685».

La norma transcrita, siguiendo los mismos criterios de interpretación que hemos venido empleando, ofrece dos lecturas.

La primera permite inferir que la responsabilidad divisible y mancomunada de los arrendatarios tendrá como límite los daños y perjuicios proporcionales al valor de las partes del bien ocupadas por ellos, detrayendo, como es lógico, la parte ocupada por el arrendador. Eso supone, por lo tanto, que el arrendador no será indemnizado por la parte proporcional de la indemnización que corresponda al valor de aquella sección del bien que él ocupaba.

La segunda lectura viene dada por la posibilidad de que el arrendador, al ser uno de los culpables del siniestro, también tendría deberes de indemnización para con los demás arrendatarios. Sin embargo, como estos deberes serían de carácter recíproco, podría producirse la denominada concurrencia de culpas prevista por el artículo 1326 del Código, motivo por el cual cabría el supuesto que nadie deba nada a nadie.

El artículo 1693 también se encarga de regular de manera específica un supuesto de responsabilidad para el caso de arrendamiento:

> Artículo 1693.- «Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario».

Como podemos apreciar, aquí la ley establece responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato de arrendamiento, ya sea que dicho incumplimiento obedezca a causa imputable al arrendatario, a causa imputable al subarrendatario, o a causa imputable a ambos.

En este supuesto también es posible que haya pluralidad de arrendatarios o pluralidad de subarrendatarios, pero siempre estaríamos en presencia de una obligación de carácter solidario.

Como las obligaciones solidarias necesariamente son divisibles o indivisibles, si se tratara de una indemnización por daños y perjuicios, la obligación sería divisible y solidaria en virtud del carácter dinerario de la prestación.

El fundamento de la responsabilidad solidaria lo encontramos en la propia realidad, tal como lo sostiene Masnatta:[1538]

> [...] existe una situación de hecho ineludible: la relación directa entre el interés del arrendador y el interés del sublocatario. Estamos en presencia del uso y goce de una cosa ajena, durante un plazo dado. Esa cosa no sólo es ajena a quien ha de aprovecharla (el sublocatario) sino a quien le ha concedido ese derecho (el sublocador intermediario). La realidad de tales circunstancias deben revestirse de significación jurídica y por ende el interés del arrendador es suficiente para que sea parte en la situación jurídica creada. No sólo está en juego el interés de un acreedor, sino también el interés de un propietario ante el cambio virtual del titular del derecho de uso y goce de la cosa que le pertenece.

27.30.4. Algunos comentarios finales

Es evidente que todo contrato, en tanto proyecto que conjuga intereses que se plasman en conductas a desarrollarse en el tiempo, puede llegar a presentar dificultades que impidan el cabal cumplimiento de todas las prestaciones a las que las partes se han obligado.

El contrato de arrendamiento no escapa a esta regla. En tal sentido, la responsabilidad civil contractual que puede surgir en este contexto, como consecuencia del daño derivado del incumplimiento de una de las partes, adquiere gran relevancia, sumándose ya sea a la resolución o a las medidas destinadas a conseguir el cumplimiento de las prestaciones debidas.

Como hemos podido apreciar, los principios y las normas que informan al arrendamiento en materia de responsabilidad son, básicamente, una simple aplicación de los criterios que en forma general prevé el Libro de Derecho de Obligaciones. En todo caso, se presentan ciertas especificaciones, propias de la naturaleza de este contrato, que hay que tener en cuenta a la hora de evaluar alguno de sus supuestos. La interpretación que se atribuya a las cláusulas del contrato y a las normas del Código que actúan en defecto de la autonomía privada de las partes, debe tener como brújula la naturaleza misma del contrato, así como la aplicación del principio de la buena fe contractual.

Como indica Juan Carlos Venini:[1539]

> En otro orden de ideas, se agrega, que más allá de las normas interpretativas que se apliquen, lo que está en juego es la aptitud para pedir una reparación. Indudablemente, quien pide la resolución tiene que haber efectuado una evaluación previa de posibilidades y no puede caber duda que, solicitar de esa manera, tiene que resultarle más beneficioso que accionar por cumplimiento más los daños e intereses, pues de lo contrario sería de toda evidencia que estaría pidiendo en perjuicio propio.

27.31. Responsabilidad civil derivada del contrato de arrendamiento financiero

Los problemas que se presentan como consecuencia de las nuevas fórmulas de interacción humana no pueden ser observados partiendo de una visión estereotipada, que olvide que la resolución de los mismos requiere, generalmente, una perspectiva interdisciplinaria.

En este sentido, los distintos retos que se derivan de la organización socio-económica y de la contratación propia de aquella, han dado lugar a lo que hoy se suele denominar Derecho de Empresa, en el que el Derecho y la Economía se interrelacionan con el fin de facilitar las transacciones mercantiles.

[1538] Citado por Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, vol. II, p. 402.

[1539] Venini, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 96.

Dentro de este esquema, el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* se manifiesta como un claro ejemplo de dicha interrelación, constituyendo una técnica jurídica al servicio de una exigencia económica.[1540] Esta forma contractual encuadra perfectamente en las actividades personales y profesionales que desarrollan las personas y las empresas en cuanto a la adquisición de bienes de consumo y de equipo. De aquí que, en definitiva —y a la vez como premisa—, podamos catalogarla como un modelo contractual flexible y por lo mismo capaz de afrontar las distintas particularidades que las situaciones concretas acarrean en el ámbito empresarial.

En este Capítulo estudiaremos algunos de los aspectos principales de esta figura jurídica, a fin de determinar los supuestos en los que la conducta de alguna de las partes contratantes puede dar lugar a la imputación de responsabilidad civil contractual.

Antes de dar inicio a nuestro análisis, debemos señalar que, tal y como advierte Farina,[1541] la plasticidad del *leasing* ha derivado en una serie de subtipos que adquieren connotaciones propias. La denominación[1542] de *leasing* comprende desde el alquiler puro y simple hasta

[1540] En general, la mayoría coincide en señalar su relevancia en el ámbito de la contratación entre empresas, señalando, entre otros conceptos, que:
El *leasing* es lo suficientemente flexible como para permitir que las partes intervinientes tomen en cuenta los diversos factores que componen sus necesidades.
Es, asimismo, práctico, en tanto lo que importa realmente es el uso del equipo, lo que posibilita que se concentren los esfuerzos en otras actividades que incrementen las utilidades.
Evita los costos propios de la adquisición de los bienes.
Ayuda a mantener el capital, lo que se expresa en una mejor presentación del balance al disminuir el endeudamiento.
Ofrece ventajas tributarias.

[1541] Farina, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresarial.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993, p. 501.

[1542] El profesor Carlos Cárdenas Quirós se ha pronunciado, respecto al tema de la denominación de esta figura contractual, siguiendo las críticas de Escobar Gil, en el sentido de que el término *leasing*, al no tener una traducción exacta en el castellano, es el más adecuado por abarcar las diferentes modalidades que pueden configurarse. Rechaza, en cambio, la mención al arrendamiento financiero, por considerar que puede llevar a equívocos. En tal sentido, señala que una denominación más acorde con la naturaleza y el contenido del *leasing* sería la de «contrato de financiación de bienes de capital».

las variantes más sofisticadas y avanzadas, por lo que además del *leasing* financiero, que es el vamos a desarrollar en estas páginas, es posible identificar —entre otros— al *leasing* de sindicación, al *leasing* operativo y al *lease back*.

27.31.1. El leasing: Aspectos generales

27.31.1.1. Función financiera

En primer lugar, el *leasing* responde a una necesidad de financiación, pues permite al empresario satisfacer sus necesidades de producción en momentos en que requiere un rápido ensanchamiento de su capacidad instalada y no cuenta con los recursos adecuados o, aun teniéndolos, le es más rentable destinarlos a capital circulante o reservarlos a otras finalidades, que invertirlos en activos fijos.[1543]

El contrato de *leasing* configura, desde esta perspectiva, una típica operación de financiación de mediano o largo plazo, que se realiza entre una empresa locadora —que debe estar autorizada para tales efectos por la Superintendencia de Banca y Seguros— y una empresa o particular, que está interesado en incorporar o reemplazar bienes productivos.

Durante el lapso de vigencia del contrato, el arrendatario financiero debe abonar a la empresa arrendadora una suma de dinero es-

[1543] Cárdenas Quirós, Carlos. *Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un Tiempo).* Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, tomo I, p. 449.

tipulada en concepto de cuota de *leasing*, como contraprestación al uso o goce del bien arrendado. En virtud del contrato, además, el arrendatario tiene a su favor la opción de compra del bien por un valor residual.

Como indica Bonfanti,[1544] «Pareciera indudable [...] que el *leasing* se ubica dentro de esa concepción más o menos moderna de los 'contratos de crédito'; es decir que en cierto modo más allá de una posible locación de la cosa o de su eventual compra por el contratante, el *leasing* está posibilitando una determinada financiación para la parte que, teniendo interés en ese bien, no se encuentra en condiciones de comprarlo o no le conviniera hacerlo».

Buonocore[1545] ha tenido el acierto de señalar las tres principales ventajas que ofrece este contrato como instrumento de financiación:

Pone a disposición de la empresa usuaria o arrendataria considerables medios para aquellas inversiones que la tecnología moderna impone cada vez con mayor frecuencia y vuelve, como consecuencia, tempestiva la intervención.

Consiente la construcción o la renovación de sus instalaciones a quien no se encuentra en condiciones de hacer frente a la adquisición de bienes instrumentales con sus propios medios o con el recurso a los acostumbrados canales de financiación.

Permite a los usuarios evitar ingentes inmovilizaciones, permitiéndoles, sin embargo, convertirse eventualmente en propietarios de bienes locados, al fin de un período determinado del contrato o bien luego del período de utilización económica presumible de los mismos bienes.

[1544] Bonfanti, Mario A. *Contratos Bancarios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 275.
[1545] Buonocore, Vincenzo. *El Leasing*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975, p. 17.

27.31.1.2. Concepto y características

El Decreto Legislativo N.º 299 define al arrendamiento financiero en su artículo 1. Allí señala que se entiende por arrendamiento financiero a aquel contrato mercantil mediante el cual el arrendador concede el uso y goce de determinados bienes, muebles e inmuebles, por un plazo de cumplimiento forzoso al arrendatario, obligándose este último a pagar un canon de arrendamiento y otros costos establecidos por el arrendador. Al final del plazo estipulado el arrendatario tendrá la opción de comprar el bien a un precio predefinido, devolverlo o prorrogar el plazo del contrato por períodos ulteriores.

Esta definición permite percibir con claridad las dos ideas centrales que fundamentan este modelo contractual:

- En principio, es claro que el contrato se celebra con el acuerdo de voluntades a través del cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien y la arrendataria a recibirlo en uso y pagar las cuotas respectivas. De esta forma, el contrato se celebra antes de que el bien sea adquirido.

- El contrato debe contener necesariamente una opción de compra a favor de la arrendataria; y esta podrá ejercitarla pagando el valor residual pactado.

27.31.1.3. Naturaleza jurídica

Se trata, en consecuencia, de un contrato del que surgen obligaciones para las partes contratantes y en el que van a reunirse elementos propios del arrendamiento de cosas, del mandato y de la compraventa. En este sentido no es de extrañar que desde su aparición se hayan esbozado diversas teorías que han centrado su atención en alguno de esos elementos para explicar su naturaleza jurídica. De allí las diferentes teorías, tales como la del préstamo, la del depósito, de la compraventa, del arrendamiento, del mandato y de la gestión de negocios.

No obstante, lo cierto es que el *leasing*, tal y como se infiere de su definición legal, pone en evidencia una buena cuota de singularidad, la misma que permite distinguirlo de sus institutos afines y señalarlo como un contrato de características propias, acorde con esa simbiosis que busca concretar entre lo jurídico y económico.

Desde esa misma perspectiva, constituye una equivocación definir al arrendamiento financiero como una pluralidad de negocios. El *leasing* es un negocio unitario complejo, puesto que existe un nexo entre sus elementos, de modo tal que si alguno de ellos faltase, la operación carecería de sentido jurídico.

Lo expuesto nos lleva a adherirnos a la postura asumida por Carlos Cárdenas,[1546] quien ha destacado la naturaleza compleja que posee esta peculiar figura contractual, que puede describirse, a grandes rasgos, como el resultado de la fusión de elementos propios de otros contratos o modalidades contractuales, lo que no equivale, de modo alguno, a la simple sumatoria de cada uno de ellos, considerados individualmente.

El contrato de arrendamiento financiero se origina como consecuencia de la obligación que asume el locador de adquirir determinados bienes, de acuerdo con los requerimientos formulados por el locatario. Este último se obliga a usar dichos bienes durante un plazo, también determinado, a cambio de una contraprestación. Vencido ese plazo, el arrendatario puede hacer efectiva la opción de compra que tiene a su favor y adquirir los bienes a valor residual, devolver los bienes o renovarlo en nuevos términos.

[1546] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, p. 472.

27.31.1.4. Características [1547]

La definición también nos permite identificar los rasgos principales que posee el *leasing* como contrato autónomo, algunos de los cuales ya hemos enunciado:

1. Es un contrato mercantil que se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por las normas del Código Civil que le sean aplicables de acuerdo a la situación concreta. Esta característica se deriva, asimismo, del requisito que acompaña a la celebración del contrato de arrendamiento financiero, esto es, que la empresa locadora se encuentre autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, para arrendar en *leasing*.
2. Es un contrato típico, regulado por el Decreto Legislativo N.º 299, el mismo que a su vez cuenta con un Reglamento —Decreto Supremo N.º 559-84-EFC—, en el que se desarrollan sus diferentes aspectos.

[1547] La descripción de las características de esta figura contractual suele variar de acuerdo con el criterio adoptado por quienes la realicen. En este sentido nos parece oportuno señalar que un sector prefiere estudiar los caracteres de este contrato partiendo desde la perspectiva de su función económica, por lo que subrayan este aspecto e indican, entre otros, los siguientes rasgos básicos:

1. Es una financiación a mediano y largo plazo, ya que posibilita disponer del elemento de activo fijo sin disponer de fondos o acudir al crédito.
2. Es una financiación más accesible a las pequeñas y medianas empresas que el crédito bancario convencional, sobre todo cuando los bienes a financiar son muy estandarizados, y —por ello— de fácil recolocación para el arrendador, en caso de insolvencia del arrendatario.
3. Financia habitualmente la totalidad o una proporción muy elevada del precio del bien, lo cual es especialmente importante en el *leasing* inmobiliario, ya que otra alternativa, la financiación hipotecaria, no suele alcanzar dicha proporción.
4. Es una financiación cuyo costo nominal, en virtud de la fuerte competencia existente en el mercado financiero, es muy semejante al crédito bancario.
5. Las operaciones de *leasing* financiero pueden ser efectuadas tan solo por bancos comerciales, bancos de inversión, compañías financieras, sociedades o compañías de *leasing*.

3. Es un contrato principal.
4. Es un contrato constitutivo.
5. Crea una relación obligatoria con prestaciones recíprocas, la misma que analizaremos más adelante.
6. Es un contrato oneroso, pues cada una de las partes sufre un sacrificio, que se compensa con una ventaja. Al fin y al cabo, nos encontramos frente a un contrato de prestaciones recíprocas.
7. Es un contrato conmutativo, pues cada parte conoce el contenido de sus prestaciones desde el momento de la celebración del contrato.
8. Es un contrato consensual y, por ende, basta el acuerdo de voluntades de los sujetos contratantes.
9. Crea una relación obligatoria duradera.
10. Se caracteriza por ser traslativo de uso y disfrute de un bien.
11. Generalmente se celebra por adhesión.

27.31.1.5. Elementos del contrato de leasing

Concordando con el parecer de la doctrina consultada podemos afirmar que el arrendamiento financiero constituye, por tanto, un contrato mercantil en el que una sociedad especializada se obliga a adquirir la propiedad de un bien de equipo, cuyo proveedor y especificaciones técnicas son señaladas por el futuro usuario o tomador, y a conceder a este la posesión, uso y goce, a cambio de una remuneración periódica durante un término inicial fijo, inmodificable o forzoso, que corresponde a su amortización o vida económica útil, al término de la cual el tomador podrá optar por la compra del bien, pagando un precio o valor residual preestablecido, solicitar una renovación del contrato bajo nuevas condiciones, o devolverlo.

A partir de esa idea, en la que se sintetiza la esencia del *leasing*, podemos distinguir una serie de elementos, los mismos que —siguiendo el esquema de Cárdenas,[1548] por considerar que es quien brinda una mejor perspectiva de esta figura contractual— pueden agruparse en cuatro conjuntos:

27.31.1.5.1. Elementos subjetivos o personales

En primer lugar, debemos precisar que la complejidad del *leasing* conlleva que el funcionamiento del negocio requiera la concurrencia de tres partes: la empresa arrendataria, el arrendatario o usuario y el proveedor. Este último, sin embargo, no interviene en la celebración del contrato de *leasing*, aunque es necesaria su voluntad de enajenar a la entidad locadora el bien elegido por el tomador. Asimismo, en la celebración del contrato entre el proveedor y la entidad financiera, el arrendatario financiero no interviene, aunque hay que advertir que dicho contrato se lleva a cabo como consecuencia de la declaración de voluntad de este último, quien posee el derecho irrenunciable de elegir tanto el bien como el proveedor.[1549]

Lo expuesto nos lleva a afirmar que si bien ambos contratos se encuentran vinculados de manera inescindible, en sentido estricto los sujetos que componen la relación jurídica obligacional que surge del *leasing*, son la empresa locadora y el arrendatario financiero.[1550]

- La empresa locadora: El artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 299 establece que cuando la locadora esté domiciliada en el país deberá necesariamente ser una empresa bancaria, financie-

[1548] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*, pp. 482 y ss.
[1549] FARINA, Juan M. *Op. cit.*, p. 507.
[1550] La Convención de Otawa de 1988 sobre *Leasing* Financiero Internacional, al definir el contrato de *leasing* (artículo 1), incluye al proveedor como una de sus partes.

ra o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros,[1551] para poder operar de acuerdo a ley.

En el *leasing*, la empresa arrendadora además de brindar respaldo financiero, adquiere bienes con el objeto de trasladar el uso y goce al tomador o usuario.

- La arrendataria: A diferencia de lo que ocurre en el caso de la empresa locadora, la ley no impone ningún requisito especial para poder obtener la calidad de arrendataria, pudiendo ser una empresa o una persona natural.

Esta persona —natural o jurídica— no solo recibe en arriendo un bien, sino que además tiene tres opciones para decidir si renueva o termina el contrato, o bien paga su valor residual y adquiere el bien, situación que no se presenta en un arrendamiento, en donde se paga por un bien que nunca llegará a ser propiedad del arrendatario. El tomador puede ser una persona física o jurídica y le corresponde el aspecto técnico de la operación, en el sentido de identificar y determinar sus necesidades, escoger el proveedor y la clase de maquinaria o equipo que le satisface.

27.31.1.5.2. Elementos reales: El bien

Al tratar este tema, Carlos Villegas sostuvo en el Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, que la cosa objeto del *leasing* puede ser mueble o inmueble, pero que comúnmente se trata de equipos, instalaciones y, en general, de activos de producción que son adquiridos por el dador, previa selección por el usuario, que comúnmente también elige al proveedor.

[1551] El Decreto Supremo N.º 559-84-EFC establece las condiciones que debe cumplir una empresa para poder actuar como arrendadora financiera, todo ello regulado entre los artículos 1 y 21 de dicha norma reglamentaria.

En aquella oportunidad el profesor citado señaló que —siguiendo las categorías jurídicas tradicionales— pueden ser objeto de este contrato los bienes muebles y los inmuebles; indicando además que en el ámbito económico es común hablar de «bienes de capital» o de «bienes de equipo», para designar a bienes corporales, de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria y comercializables, cuya función radica en participar en la explotación de una empresa. Son bienes de producción, porque sirven para la obtención de otros bienes o son instrumentos para producir servicios.

Nuestra legislación ha adoptado similar posición al indicar que el bien materia del arrendamiento financiero puede ser mueble o inmueble, y que él debe estar plenamente identificado. La arrendataria tendrá el uso y goce del bien, pero la empresa locadora mantendrá la propiedad hasta la fecha en que sea ejercida la opción de compra.

27.31.1.5.3. Elementos formales

Tal como antes lo mencionamos, el contrato de *leasing* es consensual y, por ende, para ser válido basta el acuerdo de las partes. En este mismo sentido debe ser interpretado el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 299, precepto en el que se indica que el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública, la misma que podrá inscribirse en la ficha o partida donde se encuentre inscrita la arrendataria; y, por consiguiente, entender esa formalidad como *ad probationem*.

Como expresa Cárdenas Quirós,[1552] «Debe aplicarse la regla genérica de que el *solus consensus obligat* y por lo tanto, como indica Arias-Schreiber, el contrato existe y es válido con anterioridad al cumplimiento de la formalidad *ad probationem*. Cualquiera de los

[1552] Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, p. 489.

contratantes puede iniciar un proceso judicial para compeler a la otra parte a llenar la formalidad requerida. Esta pretensión se funda en la prueba de la existencia del contrato, de tal manera que si este hecho es acreditado, el demandado deberá cumplir con la formalidad y si no lo hace voluntariamente, lo hará el juez en su rebeldía».

27.31.1.5.4. Elementos especiales

Estos elementos son aquellos que caracterizan a este contrato, como una figura particular y distinta, cuyos componentes son la opción de compra, el plazo y el pago de cuotas periódicas:

- La opción de compra se encuentra otorgada en favor del tomador, quien podrá ejercerla o no una vez vencido el denominado plazo del arrendamiento financiero.

  La característica que tipifica dicho negocio es que el banco o sociedad de *leasing* debe reconocer al cliente, al vencimiento del período contractual, el derecho de adquirir la cosa (opción de compra), pagando en ese acto una suma de dinero pactada de antemano por concepto de «valor residual», que responda al valor remanente de la cosa no amortizado durante el período locativo.

  Tal derecho de opción, que el *leasing* reconoce al tomador, es la nota que diferencia esta figura contractual de todas las demás a las que se le ha pretendido asimilar. La opción de compra, como elemento necesario del *leasing*, quiebra todo parecido de este contrato con el arrendamiento, que es sin duda con el cual tiene mayor semejanza.

  La opción de compra conlleva la determinación previa, en el contrato, del «precio» a pagar al ejercerla, el cual se relaciona con el «valor residual» del bien objeto del *leasing*.

El denominado valor residual constituye, de esta manera, el precio preestablecido con cuyo pago, a la finalización del plazo del *leasing*, el arrendatario financiero adquiere la propiedad del bien si hace uso de la opción fijada a tal efecto en el contrato. Como resulta evidente, el valor residual es muy reducido con respecto al valor real del bien al momento de su pago. Para su fijación, se suele tomar en cuenta parte de las sumas pagadas durante la locación.[1553]

El artículo 7 del Decreto Legislativo N.º 299 señala expresamente que la opción de compra tendrá obligatoriamente validez por toda la duración del contrato y podrá ser ejercida en cualquier momento, hasta el vencimiento del plazo contractual. El ejercicio de la opción no podrá surtir sus efectos antes de la fecha pactada contractualmente.

La opción de compra, en tanto elemento típico del contrato de *leasing*, constituye una facultad irrenunciable. Así, de no pactarse su inclusión, el mismo sería un contrato de arrendamiento o locación de cosas, no pudiéndosele calificar, por consiguiente, como *leasing*.

- El plazo, también regulado por el artículo 7 del citado Decreto Legislativo. En dicha norma se establece que el plazo del *leasing* será fijado por las partes, las mismas que pueden, si así lo desean, pactar penalidades por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del mismo contrato.

- El arrendatario debe cumplir, como contraprestación por el derecho de uso y goce del bien que le asiste en virtud del contrato, con pagar un canon periódico durante el plazo de dura-

[1553] Farina, Juan M. *Op. cit.*, p. 511.

ción del contrato. Esta renta sirve para amortizar el valor del bien de la operación, y para retribuir y generar un beneficio para la entidad financiera o sociedad de *leasing* (dador).

27.31.2. Responsabilidad civil derivada del contrato de leasing financiero

Lo expuesto nos permite calificar al *leasing* como un contrato autónomo y complejo, por cuanto no puede asimilarse a ninguno de los contratos tradicionales. No es una locación, ni una compraventa a plazos, ni un préstamo con garantía. Es un contrato distinto, pero reúne en su seno elementos de esos contratos.

Vistos sus principales caracteres y rasgos particulares, podemos ahora analizar algunos de los puntos más resaltantes vinculados a los supuestos de responsabilidad civil que pueden derivarse de este tipo de operaciones.

En primer lugar, debemos señalar que, como es evidente, el incumplimiento por parte del arrendatario o de la empresa locadora de alguna de sus obligaciones, se encuadra dentro de los denominados incumplimientos contractuales, por existir un vínculo contractual entre ambos sujetos, del que se deriva la relación jurídico patrimonial de la que forman parte y por la que ambos se encuentran obligados a cumplir determinadas prestaciones.

Debemos recordar, en este punto, que en el contrato de arrendamiento financiero intervienen, en calidad de partes, el arrendador financiero o sociedad de *leasing* que adquiere el bien que necesita el usuario y que se lo cede un tiempo, por un precio y con una opción de compra, y el arrendatario financiero. El proveedor, que es quien vende el bien a la sociedad de *leasing*, no forma parte del contrato de *leasing*, en el cual los únicos que intervienen son la empresa locadora y el arrendatario.

Daniel Paris Arboleda[1554] se ha pronunciado al respecto, argumentando lo siguiente:

> La relación que existe entre el contrato de venta y el contrato de *leasing* financiero, entre proveedor y empresa de *leasing*, hace que las obligaciones de estas dos convenciones se interrelacionen en alto grado; sin embargo, la fuente de donde cada una de ellas surge a la vida jurídica, debe quedar diferenciada para atender esas mismas obligaciones y los derechos que corresponden a los contratantes de *leasing* y al proveedor. Así, las obligaciones y derechos correlativos entre el proveedor y las partes del contrato de *leasing* (usuario y empresa de *leasing*), tienen origen exclusivamente en el contrato de adquisición del material (por ello es que expresamente debe acomodarse tal contrato, a los fines perseguidos en la operación de *leasing*), mientras que los derechos y obligaciones recíprocos entre usuario y empresa de *leasing* tienen como fuente, exclusivamente, el contrato de *leasing* financiero.

Por su parte, Castillo Triana —citado por Carlos Villegas en el Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario— ha expresado que en el contrato de *leasing* el proveedor —aunque desempeñe un papel activo en el mercadeo—, desde el punto de vista jurídico cumple un papel pasivo, ya que a él debe llegar la empresa de *leasing* que, a instancias de su cliente, adquirirá el dominio de los bienes que serán materia del contrato.

El mencionado jurista ha destacado, asimismo, que el proveedor va a desempeñar, a partir de ese momento, el papel que en los contratos de compraventa corresponde al vendedor. Estará obligado, por lo tanto, a las obligaciones de hacer la tradición a la empresa de *leasing*, entregando el bien al cliente usuario, y a responder por el sa-

---

[1554] Paris Arboleda, Daniel. *El Leasing. Su Desarrollo, Naturaleza Jurídica, Nociones y Características.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1987, p. 183.

neamiento por evicción y por vicios redhibitorios frente a la empresa de *leasing* y al usuario.

Bajo esta perspectiva, es preciso tener presente que la participación del proveedor en el contrato —aunque no sea parte de aquel— es de vital importancia, pues responde frente al tomador por la idoneidad, calidades técnicas y condiciones de funcionamiento del equipo, y, consecuentemente, el dador se exonera de esa responsabilidad.

Aquello resulta más fácil de comprender si tomamos en consideración que uno de los derechos irrenunciables del arrendatario es señalar las especificaciones de los bienes materia del contrato y al proveedor de estos. De allí que la ley haya optado por afirmar que corresponde al arrendatario la exclusiva responsabilidad de que esos bienes sean los adecuados al uso que quiera darle, el mismo que deberá constar en el contrato. La ley ha optado, a su vez, por disponer que la locadora no responde por los vicios y daños de los bienes, correspondiendo a la arrendataria el ejercicio de las acciones pertinentes contra el proveedor.[1555]

Cerrada esta suerte de paréntesis que consideramos conveniente incluir, debemos señalar que los preceptos aplicables para los supuestos de daños derivados del incumplimiento de las obligaciones propias de este tipo contractual, son los contenidos en sus normas especiales —léase Decreto Legislativo N.º 299 y Decreto Supremo N.º 559-84-EFC—, aplicándose, asimismo, los principios generales de inejecución de obligaciones del Código Civil de 1984. Además, en lo que sea pertinente, se observarán de manera supletoria los preceptos sobre arrendamiento y opción de compra.

[1555] Decreto Legislativo N.º 299, Artículo 5.

Esto nos lleva a afirmar que, en principio, rigen en materia de responsabilidad civil las normas contenidas entre los artículos 1315 y 1350 del Código Civil. En ese sentido, podemos afirmar, por ejemplo, que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. Igualmente, es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

En virtud de este mismo razonamiento, el factor de atribución en estos supuestos se fundamenta en la teoría subjetiva de la culpa o del dolo. En principio, se presume la culpa leve del deudor ante su incumplimiento y la consecuente producción del daño injusto cuya reparación se exige. Esta presunción es *iuris tantum,* razón por la cual el acreedor podría demostrar que en realidad la conducta del deudor obedeció a culpa inexcusable o dolo, mientras el deudor, por su parte, podría demostrar que su actuar fue diligente y que el daño obedeció a una causa no imputable a él.

Las normas y los principios generales de responsabilidad civil contractual también son aplicables, en lo que concierne al daño y a la relación de causalidad, por lo que remitimos al lector a lo ya estudiado sobre estos temas.

Ahora corresponde efectuar una breve reseña de las obligaciones a cargo de los sujetos contratantes, de modo que se puedan identificar los supuestos de un incumplimiento.

27.31.2.1. Obligaciones de la empresa locadora

(a) La primera obligación de la empresa locadora es adquirir el bien. El cliente selecciona el bien y el proveedor, y la entidad financiera debe adquirirlo y entregárselo al tomador. Tal compra se hace por la entidad y por su cuenta y riesgo, y no ac-

tuando como mandataria o representante del cliente. El cliente obtendrá del proveedor una factura proforma, con validez por un tiempo determinado, que entregará a la entidad financiera. De modo que conoce perfectamente el precio de adquisición, y ese precio será el que determine la cuota de amortización a pagar durante el plazo de duración del contrato. En consecuencia el contrato de *leasing* se celebra antes de que el dador adquiera el bien. Y esta adquisición implica el cumplimiento de la obligación esencial del dador, la misma que se complementa con la siguiente que pasamos a comentar.[1556]

El *leasing*, tal y como lo hemos caracterizado, puede ser calificado como un contrato financiero o de crédito. En este sentido, concordamos con Trucco al considerar que el contrato de *leasing* se celebra con anterioridad a adquirir el bien, pues de otra forma la operación mediante la cual la empresa de *leasing* compra el bien con la finalidad de arrendarlo, carecería de sentido ante la ausencia de vínculo contractual con el empresario que se supone se constituiría en arrendatario. Si no existiera un vínculo contractual previo entre la empresa de *leasing* y el «arrendatario», la primera correría el riesgo de que el negocio no se llegue a realizar por desistimiento del empresario.[1557]

(b) Entregar el bien, ya que la obligación principal del dador es la puesta a disposición del bien objeto del contrato, al tomador. Aunque es obligación de la entidad financiera, generalmente la entrega la efectúa el proveedor del bien, que puede ser el fabricante, concesionario o vendedor. Cuando se trata de instalaciones de una fábrica o equipos que requieren de una especial ubicación para su funcionamiento, tales tareas corren por cuenta del tomador. El «dador» cumple entregando la cosa objeto del contrato en perfecto estado. De todas maneras, el proveedor entrega el bien al tomador, generalmente acompañado de un documento donde consta que el tomador lo recibe conforme, el mismo y que este debe firmar para su entrega al dador. Recién recibido por el dador este comprobante de entrega, hará el pago de la compraventa al proveedor.

Esta es una obligación complementaria de la anterior y sin cuyo cumplimiento el tomador no puede ser obligado a efectuar los pagos de las cuotas o cánones comprometidos en el contrato.

Como ya lo dijimos, la empresa locadora no responde en ningún caso de la idoneidad del bien objeto del contrato. Y ello como consecuencia de que el bien ha sido elegido o seleccionado por el propio tomador del contrato, quien además ha escogido al proveedor. Con tales antecedentes, el dador comúnmente pacta en el contrato —aunque podría no hacerlo y valerse solo de las normas que amparan esta situación expresamente—, que no se responsabiliza del funcionamiento, calidad ni aptitud de la cosa objeto del mismo.

Esta irresponsabilidad del dador, limitada a los supuestos vicios o defectos de la cosa, no puede hacerse extensiva a la falta de entrega de la cosa al tomador, porque esto supone el incumplimiento del contrato por el dador.

(c) Mantener a la arrendataria en el uso de los bienes en el lugar, forma y demás condiciones pactadas en el contrato. Así, por ejemplo, debe proteger al cliente en caso de acciones legales de terceros que puedan afectar la tenencia del bien en poder del tomador del *leasing*.

[1556] Expuesto por Carlos Gilberto Villegas en el Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario.

[1557] Cárdenas Quirós, Carlos. *Op. cit.*, p. 463.

(d) Podrá ceder al tomador —mediante acuerdo— los derechos y acciones que como comprador del bien objeto del *leasing* le corresponden contra el proveedor del bien objeto del contrato, por vicios en la cosa o defectos de fabricación. Esta cláusula se pacta comúnmente en los contratos de *leasing*, como complemento necesario de la liberación de toda responsabilidad del dador por dichos vicios o defectos en la cosa, a que hemos aludido anteriormente.[1558]

(e) Cumplir la oferta de venta. La empresa de *leasing* no puede desentenderse de la oferta de venta dada en el contrato a través de la opción de compra. Debe, por el contrario, respetar las condiciones pactadas, especialmente en lo referente al precio a pagar que será equivalente al «valor residual» del bien.

27.31.2.2. Obligaciones de la arrendataria

(a) Recibir el bien, lo que importa también el deber de acondicionar el lugar donde va a estar ubicado el equipo o bien objeto del *leasing*.

(b) Pagar las cuotas periódicas. Esta es la principal obligación del arrendatario, que debe cumplirla en las épocas y condiciones convenidas. Estas cuotas pueden pactarse en moneda nacional o extranjera, y ser fijas, variables o reajustables.

Sin perjuicio de los intereses que correspondan, se podrá pactar en el contrato penalidades por mora en el pago de las cuotas. La falta de pago de dos o más cuotas consecutivas o el retraso de pago en más de dos meses, facultará a la arrendadora a dar por concluido el vínculo contractual.

[1558] Expuesto por Carlos Gilberto Villegas en el Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario.

(c) Asegurar el bien. El bien objeto del contrato debe ser asegurado por el arrendatario, con lo que la entidad de *leasing* queda totalmente garantizada en cuanto a la financiación acordada.

Generalmente se fija un plazo dentro del cual el tomador debe contratar el seguro y remitir la póliza a la entidad financiera. El seguro debe tener por beneficiario a la entidad dadora, la misma que, además, tiene el derecho irrenunciable de establecer las condiciones mínimas del seguro. En otros casos, el bien se entrega ya asegurado y es obligación del tomador pagar la prima del seguro.

Esta obligación que los contratos de *leasing* exigen al tomador, ponen en evidencia la diferencia con la locación de bienes muebles o inmuebles, donde es responsabilidad del propietario locador conservar la cosa en condiciones de ser utilizada por el arrendatario. En los contratos de *leasing* se pacta esta obligación en cabeza del tomador, designándose beneficiaria del seguro a la empresa dadora. Ello es así porque esta obligación no tiene otra finalidad que impedir que la pérdida de la cosa se traduzca en pérdida financiera para el concedente. Esto es tan cierto, que en los contratos no se obliga a indemnizar el valor del bien en el momento de la pérdida, sino que se calcula sobre los cánones todavía no pagados. Así, en las condiciones generales se fija la indemnización a todas las cantidades pendientes de pago y el valor residual se determina en las condiciones particulares.[1559]

El artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 299 establece que los bienes materia de arrendamiento financiero deberán ser cubier-

[1559] Expuesto por Carlos Gilberto Villegas en el Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario.

tos mediante pólizas contra riesgos susceptibles de afectarlos o destruirlos. La locadora tiene el derecho irrenunciable de fijar las condiciones mínimas de dicho seguro. La arrendataria es responsable del daño que pueda causar el bien, desde el momento en que lo recibe.

Al respecto hay que tener en cuenta lo resuelto en la Casación N.º 3622-00 Lima, del 21 de marzo del 2001, cuyo considerando quinto es conveniente transcribir:

> Quinto.- Que, si bien el Art. 6 del Decreto Legislativo 299 establece la responsabilidad de la arrendataria en el contrato de *leasing* de los daños que pueda causar el bien objeto del mismo, tal norma está destinada a regular el contrato de *leasing* y las relaciones (entiéndanse derechos y obligaciones) que se dan entre las partes que lo celebren y no a regular supuestos de responsabilidad extracontractual ni a limitar o determinar quién resulta responsable o quién debe resarcir un evento dañoso frente a terceros ajenos a tal acto, lo que se encuentra fuera de su marco y no constituye su finalidad.

Así, aunque el arrendatario responde frente a la empresa locadora por los daños que pueda causar el bien desde que lo recibe, el tercero ajeno a esa relación que se vea afectado podrá tener acción, según el caso concreto, contra el arrendatario y contra la empresa. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos de accidentes de tránsito, en los que además del causante del hecho debe responder la empresa locadora por ser propietaria del vehículo, pese a que de llegar a pagar la indemnización podrá repetir contra el agente del hecho dañoso.

El sustento de esta tesis se encuentra en la tendencia de la moderna responsabilidad extracontractual, la misma que tiene por fin primordial garantizar la reparación efectiva de la víctima.

(d) Permitir la inspección del bien. Es un derecho de la entidad dadora del *leasing* inspeccionar el bien durante la vigencia del contrato, y el tomador debe, en consecuencia, permitir dicha inspección periódica.

(e) Hacer un correcto uso del bien. El bien objeto del *leasing* debe ser utilizado correctamente, para el destino correspondiente, funcionando en las condiciones que la naturaleza del bien requiere, así como lo pactado en el contrato. En otras palabras, se encuentra obligado a destinar el bien a los fines previstos en el contrato, toda vez que el uso debe ser *intuitu personae* (personal) o por parte de sus dependientes exclusivos, con el cuidado y diligencia para su normal conservación y buen funcionamiento.

(f) No solo se trata, entonces, de usar el bien conforme a lo pactado, sino que además el arrendatario se encuentra obligado a conservar el bien en buen estado. Esta es una importante obligación del tomador, que debe realizar las reparaciones y gastos de conservación necesarios, de modo de mantener el bien en perfecto estado de funcionamiento. En este contrato el riesgo, inherente al bien objeto del mismo, se desplaza convencionalmente del dador al tomador. Todas las vicisitudes que puedan sufrir los bienes objeto del *leasing* se ponen a cargo del usuario.

Esta obligación se halla ligada directamente con el resultado final del contrato, si este no termina con la adquisición del bien por el cliente, y así se hubiera pactado. En tal caso, al efectuarse la venta directa o la subasta del bien, el tomador podrá obtener o no una diferencia a su favor, o por el contrario tal vez tendrá que pagar una suma adicional.

(g) Pagar el precio de la opción. Si el tomador optare por la adquisición del bien en propiedad, deberá pagar el valor residual

señalado en el contrato, en la oportunidad prevista. Antes, deberá comunicar su decisión al dador, dentro del plazo fijado contractualmente.

El arrendatario también debe informar en la oportunidad fijada si ejerce o no la opción de compra, por lo que se infiere que se encuentra obligado, asimismo, a notificar y/o informar su decisión. El contrato deberá fijar, a tal fin, el tiempo, el domicilio y la forma en que se deberá realizar este aviso.

27.31.2.3. A modo de conclusión

En este Capítulo hemos podido observar la importancia del *leasing*, como modalidad contractual en las operaciones financieras. Tal relevancia ha sido el móvil por el cual su regulación y tratamiento normativo fue tomado en cuenta por nuestro legislador en un intento por lograr un equilibrio adecuado entre los intereses del arrendador financiero y del arrendatario. Esto llevó a establecer como requisito para la configuración de este contrato y la consecuente aplicación de los beneficios tributarios que él supone, que el agente sea siempre una empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Las características especiales del contrato de *leasing* le otorgan autonomía. Desde esta perspectiva, resulta un error querer explicar el *leasing* a partir de uno de sus elementos individualmente considerados. El *leasing* es un negocio jurídico complejo en el que las partes, esto es, la empresa de *leasing* y el arrendatario financiero, se obligan a cumplir una serie de prestaciones.

El proveedor del bien no es parte del contrato, no obstante, como ya lo hemos comentado, que ello no implica que quede exonerado de todo tipo de responsabilidad. Existen supuestos en que debe responder, para los cuales, además de las pautas que hemos esbozado en estas páginas, será necesario atender el tema de la responsabilidad por productos defectuosos, Capítulo al cual nos remitimos.

En lo que respecta a los sujetos contratantes, reiteramos que ellos se encuentran obligados de conformidad a lo dispuesto en el contrato, así como a las normas que se aplican supletoriamente. Aquí deben mencionarse los principios generales de la responsabilidad civil contractual, por lo que al evaluar un caso concreto resulta necesario atender cada uno de los aspectos de dicho régimen de responsabilidad y aplicar, asimismo, las normas correspondientes.

Mención especial merecen los supuestos en los que un tercero es víctima de un daño causado por el bien dado en *leasing*. En estos casos, si bien en la relación interna responde el arrendatario, por encontrarse obligado a contratar un seguro, en la relación externa, esto es, con la víctima, la empresa de *leasing*, al ser propietaria del bien, se convierte en responsable solidaria.

27.32. Responsabilidad civil de los medios de comunicación derivada de la difusión de noticias

En la actualidad sería absurdo negar que los medios de comunicación social juegan un papel preponderante en el desarrollo de la sociedad, abarcando prácticamente todos los ámbitos. Así, los medios pueden servir distintos objetivos, siendo uno de los más importantes, sin duda, el fortalecimiento de la democracia.

Dentro de este orden de ideas, los medios de comunicación son vitales en una sociedad democrática puesto que determinan que la información esté disponible «para todos y en todo lugar».

En palabras de Louis Day,[1560] «Son esenciales como críticos del gobierno, como investigadores de los abusos y abogados de las causas positivas y de aquellas que no lo son tanto. Constituyen un foro para

[1560] Day, Louis. Ensayo «Medios de comunicación y democracia: una clave ética».

la discusión y el debate. Crean y definen los símbolos que hacen posible las diferentes instancias para que funcione la democracia. Al mismo tiempo, al crear experiencias compartidas, ofrecer símbolos comunes y permitir al público el contacto con sus dirigentes, entregan una imagen constante de la identidad nacional».

Todo ello, debido a que los medios de comunicación social se constituyen como los instrumentos a través de los cuales se puede ejercitar un derecho fundamental, la libertad de expresión, o más exactamente, el derecho a la información en su doble rol: activo, al suministrarla, y pasivo, en la búsqueda de noticias.[1561]

Tal libertad de información, a pesar de la existencia de un sistema cada vez más diversificado y avanzado de medios, no se encuentra garantizada por sí misma. La realidad nos muestra, en muchos casos, que esta libertad se desnaturaliza al ser ejercida de manera abusiva o ilícita, atentando contra otros derechos también fundamentales, como el derecho a la intimidad y el derecho al honor, o simplemente actuando fuera de los límites del propio derecho de información.

El conflicto de intereses a que da lugar aquel hecho puede desembocar en la generación de daños y perjuicios que, de concurrir con los otros elementos que configuran la responsabilidad civil, originan la obligación del medio de indemnizar a quien resulte sujeto pasivo de dicho daño.

En este acápite nos vamos a centrar, entonces, en ese supuesto, es decir, en la responsabilidad civil de los medios de comunicación social derivada de la difusión de noticias.

[1561] Desde la perspectiva del derecho mismo, podemos decir que la libertad de expresión no solo se otorga al individuo en particular, sino también a los medios de comunicación, esto es, a la prensa, la radio, la televisión y la cinematografía. Ello, específicamente, se traduce en el ejercicio de la libertad de información.

Con esa finalidad, revisaremos primero algunas de las nociones esenciales relacionadas con la función periodística de los medios de comunicación. Asimismo, trataremos, en lo posible, de delimitar el alcance de los derechos que entran en conflicto. Concluiremos nuestras reflexiones analizando los criterios que se deben tener en cuenta al calificar y valorar la responsabilidad civil en estos casos.

27.32.1. Aspectos generales: La libertad de expresión y de información

A decir de Filippini,[1562] «A lo largo de la historia del hombre, la comunicación siempre ha significado poder. En la actualidad, se reconoce a los medios un gran ascendiente en los comportamientos sociales: de día en día influyen más en las actitudes y la vida de los hombres. Más aun, hoy se concibe a la información como un método de construcción de la realidad».

No obstante, y sin perjuicio de la importancia innegable que posee el periodismo en el contexto social de nuestro tiempo, en muchos países —incluido el nuestro— se observa descontento en el público con relación al ejercicio de esta actividad.

Este rechazo se atribuye, en parte, a la falta de coincidencia entre las expectativas y los deseos de ese público y la labor periodística que cumplen los medios de comunicación. El público dice que espera que los periodistas sean objetivos, pero con frecuencia sus deseos entran en conflicto con estas expectativas.[1563]

Además, a esta ambivalencia del público respecto a la objetividad, hay que agregar que, incluso en sociedades democráticas consolidadas, los periodistas son vistos como «renegados culturales sin ningún

[1562] Filippini, Aníbal. «Ética y periodismo». En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 590.

[1563] Day, Louis. *Op. cit.*

respeto por los estándares éticos»,[1564] capaces de hacer cualquier cosa por obtener información.

Según el propio Day,[1565] «La prensa proporciona información al público referida a los acontecimientos que afectan la existencia de sus lectores, auditores o telespectadores o que son de alguna manera de su interés. Los periodistas, en otras palabras, están en el negocio de la inteligencia: recoger información, analizarla y luego presentarla en un contexto que resulte significativo para el público. Muchas informaciones, sin embargo, se refieren a historias de imperfecciones humanas, infortunios o tragedias, y en tales circunstancias el reportero ético debe sopesar la necesidad del público de saber frente al daño que puede causar con su agresivo impulso periodístico».

De esta forma, atendiendo al rol institucional que tiene la libertad de prensa, no es posible cuestionar que ella satisface una libertad pública de información, que es —precisamente— una de las excepciones constitucionales que justifican la implementación de privilegios.[1566] Sin embargo, la libertad de expresión, en la que está contenida la libertad de prensa, debe ser precisa y ejercida con prudencia para evitar que derechos como el de la intimidad o el honor queden relegados *a priori,* causando daños a particulares.

Como expresa Francisco Equiguren Praeli,[1567] «La libertad de expresión e información constituye uno de los derechos más importantes y trascendentes de la persona, así como también el rasgo distintivo (e imprescindible) de una sociedad que pretende ser calificada como democrática. Por ello, no creemos exagerado afirmar que el grado de plenitud en su ejercicio puede servir —en mucho— como termómetro para medir el nivel de tolerancia existente en un determinado régimen político, así como para evaluar la madurez alcanzada por las instituciones políticas y jurídicas de una sociedad.

Ese derecho es concebido, de este modo, como un valor preponderante del orden democrático. La Constitución Política del Perú de 1993, así como la gran mayoría de países, para no hablar de unanimidad, lo contemplan, y con él la libertad de información.

El precepto constitucional peruano establece lo siguiente:

> Artículo 2.- «Toda persona tiene derecho:
>
> [...]
>
> 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
>
> Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.
>
> Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación».

Este derecho fundamental ha sido, a su vez, reconocido por innumerables instrumentos internacionales. Destaca, en nuestra opinión, el texto aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° Período Ordinario de Sesiones.[1568] En el mis-

[1564] *Idem.*

[1565] *Idem.*

[1566] Martínez Álvarez, Eduardo Mario. «Medidas cautelares en procesos de daños ocasionados por la prensa». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isodoro H. Goldenberg. Op. cit.,* p. 799.

[1567] Eguiguren Praeli, Francisco. «La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano». *Revista Ius Et Praxis,* Año 6, n.° 1, 2000 p. 135.

[1568] «Declaración de principios sobre la libertad de expresión.

PREÁMBULO:
REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho;
CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión;
PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio;
CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático;
CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;
RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales;
RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos;
REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;
CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile;
RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información;
REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información;

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;
RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios:
PRINCIPIOS:

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.
4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.
5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.
6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.
7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.
8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

mo se resalta la importancia de este derecho, toda vez que se explican los principios que alberga su contenido.

Como podemos observar, la libertad de expresión implica la libertad de dar y de recibir información.[1569] Pero esa libertad no es abso-

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.
10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como 'leyes de desacato' atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.
12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.
13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión».

[1569] Así, el Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su artículo 13, inciso 1, que

luta, por lo que puede imputarse responsabilidad a raíz de abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o por actos ilícitos civiles.

De esto se sigue que, pese a que la libertad de expresión e información ocupa un lugar de privilegio que supone una cautela especial a fin de preservarla, ello no implica asegurar la impunidad de los medios de comunicación social.

Coincidimos, entonces, con el pronunciamiento que sobre este tema hiciera la Corte Suprema de Justicia Argentina en uno de sus fallos. En aquel afirma que el derecho de prensa radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin el previo contralor de la autoridad, pero no de la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos y causar daños por culpa o negligencia. La Constitución no asegura la impunidad de la prensa. Una vez efectuada la publicación, su contenido queda sometido a la ley y al control de los jueces.

27.32.2. Límites a la libertad de información

27.32.2.1. La libertad de información y su colisión con otros derechos fundamentales

La Constitución Política de 1993 también regula el llamado derecho a la intimidad, junto con el derecho al honor y el de la propia imagen:

Artículo 2.- «Toda persona tiene derecho:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

[...]

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias [...]».

Estos derechos fundamentales —que también cuentan con un marco o desarrollo legal—[1570] son de carácter personalísimo, en tanto corresponden a cada sujeto en su calidad de persona.

Si bien muchos textos constitucionales, como el nuestro, y pactos internacionales se ocupan de estos derechos sin realizar diferenciación alguna, consideramos necesario delimitar su contenido y alcances. Esto, en virtud a que los medios de comunicación, en muchas

[1570] El Código Civil de 1984 dispone, con relación a estos derechos personalísimos del individuo, lo siguiente:
Artículo 5.- «El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6».
Artículo 14.- «La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden».
Artículo 16.- «La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.
Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.
La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte».
Artículo 17.- «La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.
La responsabilidad es solidaria».

oportunidades, al ejercer su libertad de información, pueden ocasionar la violación de aquellos derechos, aunque de manera específica. Con este fin, pasaremos a recordar lo expresado por Francisco Eguiguren:[1571]

- Derecho a la intimidad o vida privada: Protege hábitos, hechos o situaciones que se producen en una esfera reservada y que desean preservarse fuera del conocimiento público, evitando que sean captados o divulgados sin el asentimiento de su titular.

- Derecho al honor y a la buena reputación: Con estos se protegen tanto la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio, como la apreciación o valoración social que tienen los demás con relación a una persona respecto de su conducta o cualidades.[1572]

  Para que se configure un daño a este derecho, la información que se difunde debe producir un daño o perjuicio en la reputación y consideración social de la persona.

- Derecho a la propia imagen y voz: Este derecho protege la disposición de la persona de su propia figura corporal o de su voz, frente a la posibilidad de que se vean afectadas por la difusión no autorizada de fotografías, videos y filmaciones.

[1571] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: El caso peruano». *Revista Ius Et Praxis. Op. cit.*, pp. 150 y ss.

[1572] Aquí hay que tener en cuenta que no toda conducta considerada como deshonrante o desacreditante es tal, pues la ofensa deberá analizarse dentro de los valores relativos tenidos en cuenta para una comunidad dada, en circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas a las que son dirigidas, dentro del contexto general en que se dan, pues palabras o frases que para una persona o en determinado lugar o tiempo histórico resultan injuriosas, en otros no lo son (Fallo de la Corte Suprema Argentina).

Tras esta breve revisión, podemos inferir que los aspectos que implican la afectación de los derechos a la intimidad, al honor y a la buena reputación, son distintos, como distintos son también los bienes jurídicos que ellos protegen. No obstante, aquello no es impedimento para que dichos derechos puedan violarse de manera simultánea como consecuencia de la difusión de noticias por un medio de comunicación.

Son frecuentes los casos en que se plantean problemas entre el derecho a la libertad de información y estos derechos. Como anota Roberto Vázquez Ferreyra:[1573]

> En este sentido se ha dicho que visto el problema desde la perspectiva unilateral de cada derecho, puede dar la impresión de que se opone a otros, de que prevalece sobre los demás o de que se reduce frente a los demás, de que se produce una analógica antropofagia jurídica. Por eso, puede darse una distinta interpretación de la pretendida prevalencia de uno u otro derecho. Lo contrario ocurre cuando no se utiliza un observatorio unilateral, sino que se contempla la cuestión desde la cima que constituye el hombre, sujeto de atribución de todos los derechos en la que, por tanto, no puede existir contradicción: todos los derechos que le son atribuibles como derechos naturales conspiran a su realización. No solo no pueden oponerse entre sí, sino que operan de consuno en orden a la perfección existencial de la persona humana.

Siguiendo esta idea, ante la concurrencia y el enfrentamiento de dos derechos fundamentales, como lo son el derecho a la información y el derecho a la intimidad, es preciso realizar una ponderación axiológica. Así, es necesario, frente a estas circunstancias, determinar a cuál de los dos corresponde destacar, para lo que tendremos que tomar en consideración diversos criterios que orientan una correcta

[1573] Vázquez Ferreyra, Roberto A. «Responsabilidad por difusión de noticias falsas o inexactas». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 651.

evaluación de las situaciones que se planteen y que, en ocasiones, puede derivar en la imputación de responsabilidad civil al medio de comunicación.

Concluimos, entonces, esta parte de nuestra exposición, señalando que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Afirmar lo contrario implicaría apostar ya no por la democracia, sino por la anarquía. La libertad de expresión debe ser ejercida con conciencia, teniendo presente el interés de los demás y el interés público a fin de ponderar cuál debe prevalecer en determinadas circunstancias.

El carácter absoluto que suele adjudicarse a la libertad de prensa está referido, en realidad, a la etapa previa a la publicación;[1574] por lo que, en estricto, ese carácter absoluto es cuestionable. Defender una libertad sin límites sería defender la impunidad de la prensa.

27.32.2.2. Ética y periodismo

En 1947, en los Estados Unidos de América, la Comisión de la Libertad de Prensa —Comisión Hutchins— declaró que la libertad de prensa solo puede continuar como una libertad responsable. El derecho moral de los medios de comunicación está condicionado a su responsabilidad. Su derecho legal se mantendrá intocable, pero condicionado a su actuación moral. Así, habrán faltas éticas que no llegarán a la ilicitud, o no trascenderán al Derecho de ningún otro modo.[1575]

Podemos observar, a partir de esa declaración, que la ética y el Derecho, en especial en lo concerniente a la libertad de prensa, no se encuentran necesariamente divorciados. Los puntos en los que con-

[1574] López Cabana, Roberto M. «Responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la difusión de noticias». En: *Temas de responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 200.

[1575] Filippini, Aníbal. *Op. cit.*, p. 593.

vergen pueden ser diversos, como la ilicitud, en general; y el daño en específico, por medio de lesiones a la intimidad, al honor, a la reputación, a la imagen, entre otros.

Resulta importante, bajo esta perspectiva, evaluar el aspecto ético dentro de la función periodística e informativa, pues ello nos permitirá adquirir criterios útiles a la hora de examinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación social.

27.32.2.2.1. Códigos de ética

Los periodistas en muchos países han suscrito Códigos profesionales de conducta. La Asociación Nacional de Periodistas del Perú[1576] ha

[1576] Carta de Ética Profesional de la Asociación Nacional de Periodistas del Perú.
La ANP norma su conducta gremial conforme a los 12 puntos contenidos en su Carta de Ética Profesional, aprobada en el Congreso Ordinario de Cajamarca, del 29 de septiembre de 1988. Este documento señala lo siguiente:
«1) En el ejercicio de la función periodística, debe primar siempre una firme conducta moral; la vigorización de todos los factores que tiendan a desarrollar la identidad del Perú como país soberano; la hermandad entre los pueblos para el afianzamiento de la paz; el propósito de difundir la cultura y fortalecer la conciencia del trabajador; la decisión de avanzar en la consecución de un sistema gubernamental cada vez más democrático; y el irrestricto respeto a la dignidad humana y profesional.
2) Por tanto, honrar la verdad, la libertad, la justicia social y la solidaridad gremial constituyen supremos principios que deben guiar la actividad del trabajador de la comunicación en general y del periodista, en particular.
3) El mensaje periodístico será siempre humanista, objetivo y pluralista, a fin de estimular la racionalidad en las relaciones humanas, la prosperidad con justicia para la colectividad y el fortalecimiento de la organización laboral de los trabajadores.
4) El periodista perteneciente a la ANP asume en todo momento su rol de defensa de la libertad de información y expresión y lucha contra todo aquello que signifique peligro, interferencia o atentado contra el derecho de las personas.
5) Asimismo, debe buscar constantemente su elevación profesional, superándose y luchando contra el empirismo que desdibuja la imagen de la profesión periodística.
6) El periodista integrante de la ANP, jamás denigra a sus colegas, tampoco critica a sus instituciones gremiales con fines subalternos, cuidándose siempre de no

seguido este patrón suscribiendo una carta de ética profesional. En dicho documento destacan, entre otros compromisos, el tener una conducta moral que no se encuentre sometida a factores externos, o sirva a fines sensacionalistas o ajenos a la función informativa y democratizadora que les compete. Se comprometen, de esta manera, a honrar la verdad, la libertad, la justicia social y la solidaridad gremial y a llevar un mensaje humanista, objetivo y pluralista.

Esos códigos o declaraciones, sin embargo, han generado controversias. No hay, pues, una posición unánime con relación a su utilidad. Quienes están a favor argumentan que, pese a lo genérico de sus

usar términos lesivos a la condición humana y profesional de los comunicadores sociales.
7) Por el contrario, ampara a los hombres de prensa que son objeto de difamación, hostilidad, persecución o prisión injusta, proyectando su ayuda a los colegas con problemas económicos o de salud y a los familiares de los periodistas caídos en cumplimiento de su arriesgada misión.
8) No utiliza en su labor el sensacionalismo, la obscenidad ni el chantaje; menos aún emplea criterios de discriminación racial, ideológica o de sexo, ni induce a la confusión o desnaturaliza las opiniones tergiversándolas o extrayéndolas maliciosamente de su contexto.
9) El comunicador social guarda el secreto de sus fuentes informativas, no publica por adelantado material que le haya sido confiado para su divulgación en fecha precisa y garantiza el derecho a la rectificación si una persona ha sido equivocada o negativamente aludida a través de los medios de información.
10) Los miembros de la ANP de ningún modo se someten a las presiones de los empleadores (sean estos individuales, empresas editoras, monopolios noticiosos o cualesquier otro), ni a las de régimen dictatorial o autoridades abusivas para transgredir las normas de la dignidad, el respeto a la verdad o la defensa de los intereses populares.
11) Igualmente, exige el estricto cumplimiento de la legislación laboral, incluyendo especialmente lo relativo a los beneficios profesionales y sociales; reclamando pago justo por sus servicios y se solidariza con sus compañeros obligados a permanecer sin trabajo por causas ajenas a su voluntad.
12) No aceptan premios o galardones que no sean otorgados exclusivamente en mérito a su competencia y menos si pueden poner en tela de juicio su capacidad de crítica constructiva y fiscalizadora a nombre de la opinión pública».

enunciados, proporcionan —por lo menos— una base de principios y directrices a los cuales deben someterse los periodistas. Agregan, además, que sirven de prueba de que los periodistas no son buitres amorales que operan sin brújula.

Quienes, por el contrario, se oponen a este tipo de códigos los cuestionan sosteniendo que, debido a la amplitud y vaguedad de sus términos, en realidad no ofrecen indicaciones prácticas que puedan guiar al encuentro de soluciones frente a conflictos éticos que en el transcurrir diario se presentan.

Por nuestra parte, pensamos que los códigos de ética sí son útiles, en tanto los principios que en ellos se exponen representan un marco importante dentro del cual debe evaluarse el uso adecuado de la libertad de información que se ha otorgado a los medios y a la prensa en general. Si bien no negamos que dichos principios son genéricos, tampoco puede negarse su relevancia al momento de evaluar la conducta o el proceder del periodista, en la medida que su conducta se haya guiado o no sobre la base de los mismos.

27.32.2.2.2. Precisión

Asimismo, debe tenerse en cuenta como parámetros de la profesión de informar, la exactitud y la imparcialidad. Un periodista no puede, de ningún modo, amparar mentiras en el ejercicio de su libertad de información; más bien, debe ser confiable tanto al recabar la noticia como al presentarla. Los tribunales, por ende, exigen la debida objetividad.

La jurisprudencia de la Corte de Justicia Argentina, con relación a la información objetiva y verídica, ha destacado las dificultades que ofrece a la teoría del conocimiento la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva. Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la

formula. Y marca, con el signo del acierto o del error, la distancia que siempre existe entre el hecho y su relato. No se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe.

27.32.2.2.3. Equilibrio

Según expresa Filippini,[1577] «El equilibrio precisa tanto de una oportunidad igual para la refutación como de que no se cometa el pecado de la omisión. Se reconoce que una de las tareas más difíciles en la obtención de la noticia consiste en promover el juego limpio para las personas que desagradan y que, por lo mismo, el periodista debe ser doblemente cuidadoso en concederles el derecho a expresar sus argumentos».

Es así que surge el derecho de réplica, cuyo contenido y alcance analizaremos más adelante.

27.32.3. Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias

Hasta el momento podemos señalar, haciendo un esfuerzo de síntesis, que aun cuando el derecho a la libertad de expresión, en general, y el derecho a la libertad de información, en particular, confieren a los medios de comunicación una serie de «privilegios», estos no llevan, en lo absoluto, a proclamar la impunidad o irresponsabilidad de aquellos. [1578]

[1577] Filippini, Aníbal. *Op. cit.*, p. 592.

[1578] El propio Pacto de San José de Costa Rica observa, en el inciso 2 de su artículo 13, que la libertad de información —aunque no sujeta a censuras previas—, puede estar sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o a la salud o la moral pública.

Si bien la libertad de información se concibe como un eje del orden democrático, no puede pasar por encima de otros derechos, que por su naturaleza e importancia también poseen el carácter de fundamentales.

Muchas veces la libertad de información entra en colisión con derechos personalísimos como el derecho a la intimidad, el derecho al honor y el derecho a la imagen. Ante estas situaciones, habrá que analizar cada hecho y ponderar de modo que se llegue a una solución justa y eficiente para que los intereses en juego sean resguardados.

No cabe duda que con frecuencia se presentan situaciones en las que es singularmente complejo señalar los linderos entre cada derecho. Debemos recordar, entonces, como anota Vásquez Ferreira,[1579] que «En todo caso, cuando dos derechos fundamentales concurren (se produce un aparente choque entre ellos), en realidad no se anulan, sino que uno se destaca del otro. Determinar a cuál de los dos corresponde destacarse es el gran interrogante que se nos plantea».

Para ello hay que tener en cuenta diversos factores. Uno es el comportamiento ético con el que se desenvuelve el medio en su labor periodística. Este conjunto de principios y directrices morales deben vincularse, como es obvio, con la labor de la prensa. De aquí que resulten útiles los códigos éticos profesionales, así como el equilibrio y la precisión que deben buscar los medios en el ejercicio de sus actividades.

Del mismo modo, no es posible prescindir del tipo de mensaje objeto de la información, puesto que este se configura como un elemento esencial de análisis. El mismo, a su vez, debe estar sujeto a ciertos criterios como la objetividad, la imparcialidad y el interés público.

[1579] Vázquez Ferreyra, Roberto A. *Op. cit.*, p. 651.

A entender de la doctrina consultada, un análisis adecuado de la responsabilidad civil de los medios de prensa supone una evaluación de los distintos tipos de mensajes. Ello, por cuanto según la naturaleza que posea el mensaje, su tratamiento, exigibilidad y responsabilidad jurídica, originadas por su difusión, serán diferentes.

Básicamente los mensajes son de dos clases: subjetivos, cuando consisten en simples opiniones del informador; y objetivos, cuando lo que se difunde es la realidad externa del informador o la realidad en sentido estricto.

La noticia se encuentra ubicada dentro de este segundo grupo, en tanto su importancia está dada por la necesidad que tiene toda persona de conocer el mundo, los hechos, la realidad, para poder formarse tanto individual como socialmente.

Una noticia —para ser tal— debe ser veraz. Quien deforma la verdad de los hechos se niega a sí mismo como informador e incurre en responsabilidad. Para evitar caer en tal deformación, el medio de comunicación debe procurar acercarse lo más posible a la objetividad.

Partiendo de las premisas esbozadas nos centramos, en adelante, en los elementos que configuran la responsabilidad civil de estos medios. Ello presupone, además, que la misma no puede ser otra que la responsabilidad civil extracontractual, puesto que no media ningún vínculo jurídico contractual entre el victimario (medio de comunicación social) y la víctima.

De esta forma, descartada la idea de que existan antinomias entre el derecho a informar y otros derechos reconocidos a nivel constitucional, los medios únicamente pueden ser obligados a indemnizar los daños causados por la difusión de noticias inexactas, agraviantes o que afecten la intimidad de las personas, requiriéndose adicionalmente la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual:

(a) Antijuridicidad;

(b) Factor de atribución suficiente; y

(c) Daño causado y relación de causalidad relevante;

27.32.3.1. La antijuridicidad

En principio, como hemos venido señalando, el derecho a la información encierra dos aspectos: uno activo y otro pasivo. Es útil en el tratamiento de este tema tomar como referencia las distintas facultades que confieren estos dos aspectos, a fin de delimitar los ámbitos de su ejercicio, así como reconocer su violación o uso indebido. Para tal efecto adoptamos como eje de nuestro análisis lo esbozado por Damián Loreti.[1580]

27.32.3.1.1. Derechos del informador o medio de comunicación

- No ser censurado, en forma explícita o encubierta.
- Investigar opiniones e informaciones.
- Difundir informaciones u opiniones.
- Publicar informaciones u opiniones.
- Contar con los instrumentos técnicos o medios que le permitan hacerlo.
- A la indemnidad del mensaje o a no ser interferido.
- A acceder a las fuentes.
- Al secreto profesional y a la reserva de las fuentes.

[1580] Citado por: Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 137.

- A la cláusula de conciencia.

27.32.3.1.2. Derechos del informado

- Recibir informaciones y opiniones.
- Seleccionar los medios e informaciones a recibir.
- A ser informado con veracidad.
- A preservar la honra, reputación e intimidad.
- A requerir la imposición de las responsabilidades previstas por la ley.
- A la rectificación, a la réplica o respuesta.

Así, con base en estas consideraciones, podemos sostener que la antijuridicidad de la conducta de los medios de comunicación puede provenir de dos situaciones:

- En primer lugar, de una trasgresión franca, derivada de un acto expresamente prohibido mediante el cual se configura el acto ilícito. Aquí se encuadra la responsabilidad por informaciones inexactas, pues estas conllevan una ilicitud genérica en la medida que excede los alcances de la libertad de expresión. Ello nos lleva a afirmar que lo transmitido no supone el ejercicio de ese derecho, lo que implica, a su vez, que los daños que se causen a terceros deben ser reparados. Se sigue, entonces, el principio legal del *alterum non laedere.*
- Además puede provenir de una trasgresión más sutil, como consecuencia de un uso abusivo del derecho a informar. En este caso nos encontramos frente a noticias que si bien informan sobre hechos verdaderos, lo hacen contraponiéndose de manera arbitraria, sin justificación alguna, a derechos personales como el de la intimidad, el de honor y el de imagen.

Como indica Eguiguren Praeli,[1581] «La prevalencia del derecho a la información y difusión del hecho, en desmedro de su carácter normalmente íntimo o privado, sólo resultará justificado cuando tenga directa vinculación o incidencia en las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña la persona afectada, así como en el interés público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad».

27.32.3.2. Factor de atribución suficiente

Pese a que gran parte de la doctrina no termina de estar conforme con la aplicación de la teoría subjetiva, lo cierto es que la objetividad del informador es una actitud y como tal debe exigirse. De aquí que el simple alejamiento de la verdad en la difusión de una noticia no conlleva responsabilidad si falta la culpa o el dolo del informador.

A entender de Vásquez Ferreira,[1582] «Debe decirse que para poder alcanzar la verdad en la difusión de noticias, el informador debe adoptar una posición de suma objetividad. Dicha objetividad implica el desprendimiento de toda influencia subjetiva para captar el objeto tal como es y comunicarlo tal y como está captado. El problema se presenta en que la objetividad es inalcanzable en forma absoluta dado que todo acto de información es un acto subjetivo. Es por ello que reiteradamente se sostiene que la objetividad, si bien es inalcanzable de manera total, el informador debe procurar acercarse a ella lo más posible. Es que el informador puede equivocarse de buena fe, sin incurrir en culpa, y en tal caso podrá excusar su responsabilidad».

La Corte Suprema de Justicia Argentina se pronunció en este mismo sentido, al sostener que con relación a la información objetiva y

[1581] Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 155.
[1582] Vásquez Ferreira, Roberto A. *Op. cit.*, p. 654.

verídica, hay que destacar las dificultades que ofrece a la teoría del conocimiento la posibilidad de llegar a la realidad de las cosas. De ahí que si la información deseable sea la objetiva, la posible es la información que tiende a esa verdad objetiva. Esta limitación subyace como herencia de la condición humana que la formula. Y marca, con el signo del acierto o del error, la distancia que siempre existe entre el hecho y su relato. No se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe.

Siguiendo estos lineamientos, si la información no es verdadera,[1583] ella puede darse falsamente y consistir, por consiguiente, en un acto consciente y deliberado del agente que busca engañar. En ese caso el medio actúa con dolo y, por lo tanto, es responsable de los daños que ocasione su conducta.

Si esa información no verdadera se da por error, tal hecho implica un acto no consciente del informante que actúa de buena fe. De esta forma solo podría imputársele responsabilidad por el perjuicio causado si el error no fuera excusable por haber faltado al deber de veracidad que consiste en un obrar prudente al recibir y transmitir información.

Sobre la responsabilidad de los medios por la difusión de noticias inexactas, es necesario destacar la doctrina de la real malicia, la misma que introduce elementos y criterios relevantes a la hora de evaluar la culpa del agente del daño.

[1583] La información que no concuerda con la verdad es la información inexacta, que puede ser falsa o errónea. Es falsa cuando la misma es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta a la que en realidad posee. Resulta errónea, cuando es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad.

Esta doctrina supone la presencia de dos principios, que fueron promovidos por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América: que la información sea falsa; y que quien la difundió haya conocido la falsedad de la noticia o haya actuado con absoluto desprecio por su veracidad.

La Corte Suprema Argentina acogió esta doctrina señalando varios puntos que creemos relevante destacar:

- El objetivo de la doctrina de la real malicia es procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público, objeto de la información o de la crónica.

- La preservación de la intimidad de una persona pública solo puede ceder ante el derecho a la información cuando lo difundido afecta, por su objeto o por su valor, al ámbito de lo público. Así, la difusión de datos sobre aquella se justifica si atiende un interés público. Sin embargo, no todo lo que interesa al público, o por lo que se siente curiosidad, puede ser catalogado como de interés público.

En efecto, la vida afectiva o familiar de un funcionario público, en tanto no se vincule con aspectos de su actividad, está al margen de la curiosidad de terceros y, por tanto, debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

En pocas palabras, la doctrina de la real malicia se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad.

El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información.

Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucradas en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar.

Por otro lado, la responsabilidad que puede imputarse a los medios no debe quedar restringida a la transmisión de noticias inexactas. Hay ocasiones en que también es posible la imputación de responsabilidad cuando la información que se transmite es verdadera. Para determinar esto, es preciso ponderar los derechos que se contrapongan, para lo cual el criterio del interés público es esencial.

Como bien afirma Vázquez Ferreyra,[1584] el ejercicio regular del derecho a informar solo actúa como causa de justificación si se conjugan tres requisitos:

- Media un interés público prevaleciente en el caso concreto.

- Existe veracidad en el contenido de lo publicado.

- Hay objetividad y mesura en la exposición de la noticia.

Así, no será punible la difusión por cualquier medio de informaciones o juicios de valor que versaren sobre hechos de interés público referidos a funcionarios, personalidades públicas o a particulares, cuan-

[1584] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. *Op. cit.*, p. 657.

do estos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público.

Sí lo será, en cambio, cuando la información transmitida no cumpla con esos requisitos, pues ello implica una afectación a derechos personalísimos que, de ninguna manera, podrá estar amparada por el Derecho.

Recordemos que la libertad de prensa tiene límites y es necesario, al concurrir con otros derechos, que se realice una ponderación axiológica. De esa forma, se podrá determinar si se puede considerar la afectación de aquellos como lícita o como consecuencia del uso regular del derecho a la libertad de información.

27.32.3.3. Daño y relación de causalidad relevante

Resulta más que evidente que la difusión de noticias puede causar daños, ya sea porque las mismas son inexactas y se alejan de la verdad, o porque, a pesar de ser verdaderas, no se justifican, en la medida que no respondan al interés público, violentando, así, derechos personales de terceros.

Este daño puede ser patrimonial por la repulsión negativa que la información transmitida puede generar en el ejercicio de una actividad lucrativa de la víctima o en la frustración de un negocio.

Sin embargo, lo más común es el daño moral. La divulgación de una información inexacta de la vida privada de una persona, o la simple intromisión no justificada de los medios de comunicación, altera el equilibrio emocional de la víctima, causándole padecimientos emocionales.[1585]

[1585] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 585.

La indemnización del daño se efectúa siguiendo los principios generales de la responsabilidad civil. El derecho a obtener indemnización, dada la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, se puede complementar con el derecho de réplica y el derecho de rectificación o respuesta. Nos interesa destacar este último.

27.32.4. Derecho de rectificación

La Constitución del Perú de 1993 señala en su artículo 2, inciso 7, que «[...] Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».

De acuerdo con las normas internacionales[1586] y a nuestro propio ordenamiento legal, que ha recogido este derecho, el objetivo del mismo es esclarecer la verdad en lo dicho o hecho respecto a una persona, cuando la información difundida es incorrecta o inexacta (incluye aquella que es inexistente) o agraviante. De aquí que resulta posible afirmar que como consecuencia de su ejercicio se beneficia la correcta formación de la opinión pública, puesto que se logra mejorar la calidad de información difundida.

[1586] Pacto de San José de Costa Rica:
Artículo 14.- «Derecho de rectificación o respuesta:
1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

Este derecho,[1587] que involucra la protección de los derechos personalísimos, debe distinguirse del ejercicio del llamado derecho de réplica y del derecho a obtener una indemnización. Tanto el derecho de rectificación como aquellos, constituyen vías distintas —pero no excluyentes— con las que cuenta el sujeto perjudicado por la difusión de noticias inexactas, falsas o agraviantes, para obtener una reparación.

Como solo es posible rectificar la información falsa o parcial y no las apreciaciones subjetivas que sobre los hechos den origen a una opinión determinada, la rectificación —por parte del medio de comunicación— debe versar sobre hechos, jamás sobre opiniones. Después de todo, la finalidad de este derecho o mecanismo no es, de ningún modo, generar polémica respecto a lo opinado en un medio de comunicación social. Por ello debemos tener en cuenta que en los casos —muy frecuentes por cierto— en que la transmisión de información contenga apreciaciones valorativas sobre los acontecimientos, la rectificación se reduce a los hechos informados, y no a los comentarios que sobre ellos se hayan realizado.

[1587] La Corte Suprema de Justicia de Argentina, con base en el Pacto de San José, ha invocado este derecho en más de una ocasión. En uno de sus fallos sostiene dos ideas que resultan centrales respecto a esta figura:
- El derecho de rectificación, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos e intereses del rectificante, supone un complemento a la garantía de la opinión pública libre, ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege.
- Publicar una respuesta no conlleva, para el órgano, retractación alguna, ni rectificación, ni implícito reconocimiento de la inexactitud de la información que difundió, pues la contestación no consagra vencedores ni derrotados, y si los hubiera, el veredicto provendría del público en general. Por ello, la procedencia de la respuesta no exige la producción de un perjuicio cierto, sino que es suficiente que la información posea un potencial dañoso que pudiera llegar a lesionar un interés jurídicamente protegido.

Además, por el sentido mismo de la rectificación, esta no tiene por qué contener una disculpa o una retractación del medio que difundió la información.

La rectificación debe ser gratuita, inmediata y proporcional, y, asimismo, no excluye, como ya indicamos, otras posibles vías de reparación.

Como expresan Alterini y López Cabana,[1588] «La gratuidad es un dato esencial que permite equilibrar, de alguna manera, la debilidad de quien se ve afectado por una información inexacta o agraviante, frente a quien tiene los medios para paliar el daño ya sufrido y evitar el futuro».

La inmediatez, por su parte, está relacionada con la oportunidad en que es ejercida, de modo que sea útil para, de alguna manera, reparar el daño sufrido por el sujeto. La proporcionalidad, a su vez, responde a una correspondencia razonable que debe existir entre la información inexacta o agraviante emitida y la rectificación que se hace, la misma que debe permitir que dicha rectificación cumpla con su objetivo.

Cabe destacar que si bien la rectificación no sirve específicamente para evitar el daño ya sufrido, ella constituye una herramienta eficaz para prevenir daños futuros. El perjuicio que ha de padecer la víctima de una información inexacta o agraviante es congruente también con la caracterización de daño futuro, como aquel que aún no ha sucedido, aunque su causa generadora ya exista. Pese a que comúnmente se origina con la inserción, publicación o puesta en el aire de una noticia de ese tipo, su configuración la irá dando su difusión.[1589]

[1588] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Derecho de daños. Op. cit.*, p. 365.

[1589] López Cabana, Roberto M. «Responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la difusión de noticias». En: *Temas de responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 191.

27.32.5. Una breve reflexión final

Hay quienes hacen de la libertad sinónimo de licencia perpetua; la libertad de hacer lo que a uno le plazca sin preocuparse de coerciones y restricciones externas. La libertad de decidir es lo que diferencia un sistema democrático de uno autoritario. La libertad exige tomar conciencia. La capacidad de manejar la libertad de manera conciente es esencial para la vitalidad a largo plazo del proceso democrático.

Sobre la base de este planteamiento, podemos inferir que es necesario encontrar el equilibrio entre la libertad de prensa y los derechos fundamentales con los que cuenta el individuo. La construcción de una cultura democrática es hoy imprescindible, para lo cual se precisa la voluntad de los sujetos y de los medios de comunicación de responder por las consecuencias de sus actos, respetando los derechos e intereses de cada ciudadano.

La libertad de prensa no es, por lo tanto, absoluta. Su ejercicio, así como el análisis de los posibles supuestos de responsabilidad civil a los que dé lugar, debe llevarse a cabo según ciertos factores. Por ejemplo, es necesario ponderar los derechos que entren en conflicto, lo que en ocasiones implicará la atribución de responsabilidad al medio aun cuando lo transmitido sea verdadero.

Además, como hemos podido apreciar a lo largo de estas páginas, son varios los elementos que poseen un rol esencial en esta importante materia. En términos generales, podemos afirmar que es indispensable tomar en consideración el contexto en el que se sitúe el caso concreto examinado.

Para ello, debemos partir de una noción clave, cual es que el objeto del derecho a la información es el mensaje cuyo fundamento es el requisito de veracidad. Si el mensaje no cumple con dicho requisito, se podrá discutir sobre la responsabilidad del comunicador, para lo cual se tiene a la culpa como factor de atribución.

Ahora bien, como es evidente, en la evaluación de la responsabilidad civil de los medios de comunicación social, la ética cobra una especial importancia. Citando a Filippini[1590] podemos decir que «Así como el mundo de la ética y el mundo jurídico tienen puntos o franjas de conexión, en el específico renglón de lo mediático, en el que la libertad de expresión está llamada a tener una particular soberanía, la ética y el Derecho exigen, de su lado y en forma convergente, un esfuerzo superior en la búsqueda de la verdad, sin daño para terceros».

Tal y como lo proclamó Hamilton, la libertad de prensa tutela el derecho de publicar impunemente con veracidad, buenos motivos y fines justificables, aunque lo publicado afecte al gobierno, a la magistratura o a los individuos. La mejor forma de evitar un pleito por responsabilidad es cumpliendo las normas de ética profesional.

27.33. Responsabilidad civil del fiduciario

El fideicomiso tuvo su origen en el Derecho romano, pero se enriqueció y asumió distintas modalidades en el *common law.* Etimológicamente, fideicomiso deriva de la conjunción de dos palabras latinas: *fides,* que significa confianza y que comprende, además, los términos de seguridad, honradez y lealtad; y *comittio,* que equivale a comisión o encargo. De esta forma, fideicomiso puede traducirse como un encargo hecho por una persona a otra en la que deposita su confianza.

El fideicomiso ha alcanzado gran relevancia y desarrollo en algunos países, debido a su gran utilidad, la misma que se deriva de sus rasgos particulares que la instituyen como una figura que admite la adopción de diferentes modalidades[1591] y permite con ello alcanzar variados beneficios.

[1590] Filippini, Aníbal. *Op. cit.*, p. 596.

[1591] Así, nuestro ordenamiento legal regula el fideicomiso de administración, el fideicomiso vitalicio, el fideicomiso cultural, el filantrópico, el de titulización y el fideicomiso en garantía.

Uno de los grandes atractivos del fideicomiso se encuentra en la flexibilidad que otorga respecto al fin u objeto del negocio. La finalidad del fideicomiso puede referirse a cualquier supuesto, de acuerdo a las necesidades o requerimientos de la operación. Los únicos límites en este aspecto están dados por la imaginación y, claro está, por la licitud del objetivo perseguido.

Esta particularidad le confiere un elemento que resulta determinante en cuanto al interés que puede generar en los agentes económicos y en las personas en general para efectos de decidir su utilización.

El desarrollo legislativo del fideicomiso requiere una visión moderna y dinámica, comprometida con el tráfico negocial actual. El legislador debe revivir la figura desde una perspectiva pluridimensional, acorde con su naturaleza, y ponerla a disposición de los operadores jurídicos, como instrumento apto para incentivar la captación, circulación y evolución de los capitales y de la riqueza en general.[1592]

Cabe recalcar que, en tanto el fideicomiso supone un resquebrajamiento de la estructura absolutista y cerrada de los derechos reales, resulta indispensable que cuente con un marco normativo. La existencia del fideicomiso depende, entonces, de su tratamiento legal, el mismo que debe ser adecuado y eficiente, pues por sus propias características, la carencia legislativa no necesariamente puede ser superada por la autonomía de la voluntad.

Las ideas esbozadas nos han llevado a considerar conveniente dedicar unas páginas al estudio de la responsabilidad civil que puede derivarse del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el fi-

[1592] Puerta De Chacón, Alicia. «El dominio fiduciario en la ley 24.441. ¿Nuevo derecho real?». En: *Tratado teórico práctico de fideicomiso.* Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 89.

deicomiso. Igualmente, hemos considerado adecuado restringir nuestro análisis a la responsabilidad imputable al fiduciario.

27.33.1. Nociones generales sobre el fideicomiso

Como resulta natural, nuestra evaluación debe partir, en primer lugar, de una revisión de los principales aspectos que encierra esta importante institución jurídica, de modo que logremos construir un marco teórico susceptible de ser tomado como base.

Si acudimos a la doctrina, hallamos que la gran mayoría de autores definen de manera muy general esta figura, señalando que la misma consiste en una expresión de voluntad por medio de la cual el fideicomitente confiere a otro, que recibe el nombre de fiduciario, cierta posición jurídica frente a terceros, yendo más allá del fin práctico tenido a la vista por las partes, siendo obligación del fiduciario restituir el derecho en determinado momento.

En realidad son muchos los autores que han ensayado una definición, algunos de forma descriptiva, otros haciendo hincapié en sus efectos y rasgos particulares.

Luis Pizarro[1593] sostiene que el fideicomiso constituye una especie de negocio fiduciario,[1594] en tanto se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, pero en nombre propio. Así, en el fideicomiso, el fiduciario detenta la titularidad

[1593] Pizarro Aranguren, Luis. *Contratación contemporánea. Acercamiento a los Negocios Fiduciarios: Tratamiento Legal al Fideicomiso en la Legislación Peruana.* Bogotá: Editorial Temis, 2001. p. 233.

[1594] Grassetti define el negocio fiduciario como una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés del transferente o un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero este asume un vínculo obligatorio respecto al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial.

de ciertos bienes con la limitación de realizar solo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para el cual se instituyó. El fiduciario será una suerte de propietario que no ejerce las facultades de dominio en provecho propio, sino en provecho ajeno.

De ese modo, Pizarro reconoce en el fideicomiso una especie del negocio fiduciario, argumentando que al igual que este último, el fideicomiso es el resultado de la conjunción de tres elementos distintos. Por un lado, de un elemento real positivo por el cual se transmite una suerte de dominio sobre determinados bienes. Por otro, un elemento obligacional que sirve de freno imponiendo al fiduciario la obligación de administrar los bienes de manera determinada. Y, como tercer elemento, la confianza.[1595]

Al respecto debemos señalar que, en estricto —como indica Manuel de la Flor—, no se trataría de un negocio fiduciario puro, por cuanto no se funda de manera exclusiva en la confianza. Los derechos y obligaciones de las partes se encuentran cuidadosamente regulados en la ley, por lo que no cabe posibilidad de abuso no sancionado. En ese sentido la traición a la voluntad del constituyente no queda impune pues existe un control respecto al cumplimiento del negocio.[1596]

Mosset Iturraspe,[1597] por su parte, subraya que los elementos de los negocios fiduciarios —de los cuales forma parte el fideicomiso—,

[1595] Kuan-Veng, Andrés y Luis Pizarro Aranguren. «Liquidando garantías reales tradicionales». En: *Ius et Veritas* 17, p. 210.

[1596] De la Flor señala, además, que mientras el negocio fiduciario presenta dos relaciones claramente diferenciadas entre sí: una de ellas de carácter real, al haber transferencia plena de derechos, sin limitación alguna para terceros; y otra de carácter personal, que limita la propiedad transferida en función a una finalidad determinada, el fideicomiso constituye una unidad indisoluble donde se alternan elementos reales y personales. Tal unidad es recogida por la ley, que le otorga características y efectos propios.

[1597] Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios.* Buenos Aires: Editorial Ediar, 1975, tomo II, p. 225.

son la confianza entre fideicomitente y fiduciario; el doble juego de relaciones, como son la real y la obligacional; y la legitimación del fiduciario para contratar respecto del bien fideicometido.

Lorenzetti,[1598] siguiendo esa misma línea, se refiere a la heterodoxa dualidad que presenta el fideicomiso. Así, el citado profesor resalta que en este tipo de negocios hay un aspecto interno que vincula al fideicomitente y al fiduciario, el mismo que implica, a su vez, un aspecto obligacional y uno real. Aduce, además, que existe unidad y equilibrio entre todos estos elementos, en la medida que la transmisión del derecho real, basada en la confianza, es limitada por las obligaciones que se pactan en el contrato en una extensión delimitada por la causa de este.

Ahora bien, la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros —Ley N.° 26702 o, en adelante, Ley de Banca y Seguros— define en su artículo 241 al fideicomiso como la relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero, denominado fideicomisario.

De esta definición se infiere que en el fideicomiso pueden intervenir hasta tres partes:

- El fideicomitente, que es el titular de los derechos o propietario de los bienes que serán transmitidos mediante el fideicomiso. Como resulta evidente, para poder celebrar este negocio es imprescindible que posea la facultad de disposición de aquellos

[1598] Lorenzetti, Luis Ricardo. *Nuevas formas contractuales.* Lima: Palestra Editores, 2001, p. 228.

derechos o bienes. Pueden ser fideicomitentes tanto las personas naturales como las jurídicas.

- El fiduciario, que es la sociedad especializada que cuenta con autorización legal para actuar en calidad de fiduciario y, en consecuencia, para poder desempeñarse como titular de los bienes y derechos que se le transfieren, toda vez que es responsable de llevar a cabo los actos y las operaciones necesarias para cumplir la finalidad que se persigue con el fideicomiso.

En el Perú pueden desempeñarse como fiduciarios:

1. La Corporación Financiera de Desarrollo – COFIDE;
2. Las empresas denominadas de operaciones múltiples;
3. Las empresas de servicios fiduciarios;
4. Las empresas de seguros y reaseguros; y
5. Las sociedades agentes de bolsa, en el caso de fideicomisos de titulización.

Resulta conveniente mencionar que, salvo en este último supuesto, esto es, en los fideicomisos de titulización, el fiduciario no puede ser fideicomisario.

- El beneficiario del fideicomiso, quien es la persona o personas que se verán beneficiadas por el cumplimiento de la finalidad señalada en el fideicomiso. Es posible que el mismo fideicomitente sea el beneficiario, aunque también puede serlo una tercera persona denominada para esos efectos como fideicomisaria.

  Así, pueden ser beneficiarios del fideicomiso las personas determinadas o indeterminadas, el público en general e inclusive

el propio fideicomitente. Es válida, además, la designación de varios fideicomisarios que se sustituyan sucesivamente.

Cabe resaltar que si bien existen tres partes, el fideicomiso puede nacer de un contrato o de la voluntad unilateral del fideicomitente (fideicomiso testamentario). Para el perfeccionamiento del contrato de fideicomiso no es necesaria la intervención del fideicomisario, quien —a pesar de ello— adquiere derechos. El fideicomisario puede intervenir como parte en el contrato, en cuyo caso los derechos que adquiere no pueden ser alterados sin su consentimiento. El contrato es formal,[1599] en tanto es requisito que conste en instrumento privado o protocolizado notarialmente, salvo que el valor del fideicomiso exceda de 40 UIT, caso en el cual es necesaria la escritura pública.[1600]

27.33.2. Características esenciales del fideicomiso: Dominio fiduciario y patrimonio autónomo

Tal y como venimos sosteniendo, el fideicomiso es una institución jurídica compleja. Sus rasgos particulares la convierten en una figura

---

[1599] Artículo 246 de la Ley N.° 26702:
La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente. Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente. Tiene también lugar por voluntad unilateral del fideicomitente, expresada en testamento.
Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.
Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción.

[1600] Avendaño Arana, Francisco. «El fideicomiso». *Derecho PUCP,* n.° 50, diciembre 1996, p. 346.

sui generis, la cual se construye sobre la base de dos elementos esenciales. Por un lado, la transferencia de los bienes y derechos en dominio fiduciario, y, por otro, la constitución de un patrimonio autónomo. La conjunción de estos elementos implica una ruptura dentro del esquema que sustenta los derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico.

27.33.2.1. Dominio fiduciario: Un nuevo derecho real

El sistema civil parte de la premisa de que todas las atribuciones sobre un bien las otorga la propiedad, desprendiéndose de aquélla los otros derechos reales. O se es propietario o no se es. Incluso en la copropiedad, la propiedad es absoluta y no se comparte. El fideicomiso rompe esa estructura.

En nuestro país, tal y como se encuentra regulado y estructurado el sistema de derechos patrimoniales, la figura del fideicomiso implica la existencia de un derecho real distinto al de propiedad, de donde se sigue que el denominado «dominio fiduciario» no puede entenderse como sinónimo de «dominio».

En este orden de ideas, para comprender los alcances del fideicomiso debemos apartarnos del sistema de *numerus clausus* que sirve de sustento al Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil. De esta manera, lograremos entender las peculiares características que acoge el denominado «dominio fiduciario» y que lo distinguen de la propiedad y de los otros derechos reales contenidos en el Código de 1984, presentándolo, por ende, como un derecho *sui generis.*

La extensión del dominio fiduciario, si bien se encuentra esbozada en la definición legal de fideicomiso contenida en el artículo 241 de la Ley N.° 26702, es desarrollada con mayor precisión por el artículo 252 de la misma norma.

En dicho precepto se establecen las facultades del fiduciario con respecto al patrimonio que ha recibido en fideicomiso. Allí se señala, entonces, que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman aquel patrimonio. El ejercicio de estas facultades encuentra como primer parámetro a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, toda vez que, asimismo, debe realizarse con observancia de las limitaciones que se hubieran establecido en el acto constitutivo.

De esa manera, la empresa fiduciaria solo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aun por la propia empresa fiduciaria.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.

Lo expuesto permite deducir que el dominio fiduciario presenta una naturaleza jurídica propia e independiente. Concordamos, en ese sentido, con las apreciaciones elaboradas por Manuel de la Flor Matos:[1601]

> La propiedad fiduciaria será entonces un nuevo derecho real en la que su titular no ejerce el poder pleno sobre los bienes fideicometidos, pues su

---

[1601] De La Flor Matos, Manuel. *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el*

accionar sobre éstos estará mediatizado en función de la finalidad establecida al momento de celebrar el contrato, pero ante terceros el fiduciario figura como propietario del bien (y por eso utilizamos el término propiedad para acentuar la relación de pertenencia), a pesar de ser otros los beneficiarios de tales derechos.

Esto se debe a que a pesar de recibir la propiedad de los bienes fideicometidos y recaer sobre él la titularidad de los mismos, el fiduciario sólo tendrá las atribuciones necesarias para realizar el fin determinado al momento de constituir el fideicomiso. Esto hace notar que mientras un propietario en el uso pleno de sus derechos tiene la posibilidad de gozar, usar y disponer de sus bienes, el fiduciario no tendrá idénticas facultades, al no tener definitivamente el derecho de goce y en cuanto al uso o administración y enajenación de los bienes fideicometidos, ambos estarán en función del acto constitutivo. Es así como el fiduciario podrá realizar la administración del bien como una facultad, pero también como una carga, porque de la conducción, manejo, guarda, custodia, conservación y explotación económica del bien, dependerá la apropiada e idónea realización de lo establecido en el fideicomiso.

En este contexto, es posible distinguir notoriamente el derecho de propiedad del dominio fiduciario. Este último al ser temporal, provisorio, transitorio, condicionado y afecto a fines concretos, se aleja de los atributos propios del derecho de propiedad.

27.33.2.2. Constitución de un patrimonio autónomo

Francisco Avendaño no duda en recalcar la importancia de esta característica, calificándola como el elemento central del fideicomiso. Así, resalta que en tanto el fideicomiso permite separar un patrimonio para un fin determinado, es concebido como una institución útil, de

Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 110 y 111.

modo que no contar con esta particularidad lo despojaría de todo contenido.[1602]

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

El efecto inmediato de aquello es que el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes, toda vez que tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad solo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso.

Como afirma Julio César Rivera,[1603] los llamados patrimonios autónomos presentan tres características primarias:

- Necesitan previsión legal desde que son una excepción al principio general de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores.
- Tienen independencia del patrimonio general, pese a que sería más preciso hablar de separación de bienes para efectos del fideicomiso.
- Responden, en consecuencia, solo por las deudas contraídas en virtud del patrimonio especial.

De manera similar, Lorenzetti[1604] afirma que el patrimonio de afectación del fideicomiso se caracteriza porque:

[1602] Avendaño Arana, Francisco. *Op. cit.*, p. 352.

[1603] Rivera, Julio César. Citado por Pizarro Aranguren, Luis. *Contratación contemporánea. Acercamiento a los Negocios Fiduciarios: Tratamiento Legal al Fideicomiso en la Legislación Peruana. Op. cit.*, p. 236.

[1604] Lorenzetti, Luis Ricardo. *Nuevas formas contractuales. Op. cit.*, p. 233.

- Los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio separado de los del fiduciario y fideicomitente.
- Está exento de la acción de los acreedores, tanto del fideicomitente como del fiduciario.
- Los acreedores del beneficiario podrán actuar únicamente sobre los frutos de los bienes fideicometidos y subrogarse en sus derechos.

De acuerdo al artículo 254 de la Ley de Banca y Seguros, los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.

27.33.3. Obligaciones de la empresa fiduciaria

En líneas generales, corresponde al fiduciario actuar como «ordenado comerciante y leal administrador». Ello supone el deber de cumplir eficientemente los encargos necesarios para alcanzar la finalidad del fideicomiso. De igual forma, lo obliga a tener que encargarse de la contabilidad de cada fideicomiso y de sus inventarios, guardar reserva respecto a las operaciones que se realicen e información que se obtenga y devolver al fideicomitente o a sus causahabientes el remanente del patrimonio fideicometido, salvo que corresponda entregarlo a los fideicomisarios. Las cuentas deben rendirse al fideicomitente y, en su

caso, a la Superintendencia de Banca y Seguros cuando concluya su gestión.[1605]

Como anota Rafael Corzo de la Colina:[1606]

> El fiduciario ejerce dominio fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, dominio que le confiere plenas facultades que incluyen las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre dichos bienes, las cuales deberán ser ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo del mismo [...].
>
> La actuación de la sociedad fiduciaria se encuentra sujeta al cumplimiento de una serie de obligaciones y le resultan aplicables determinadas prohibiciones. Asimismo, también la sociedad fiduciaria goza de ciertos derechos[1607] al intervenir en un fideicomiso».

El artículo 256 de la Ley N.° 26702 enumera las distintas obligaciones que debe cumplir el fiduciario, a saber:

1. Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador;

[1605] Zegarra Aguilar, Adolfo. *Breves notas sobre el negocio fiduciario y la regulación del fideicomiso bancario en el Perú: «El dominio fiduciario, rompiendo los esquemas del derecho de propiedad»*. En: http://usuarios.cepymenet.com/lex-web/articulos.html

[1606] Corzo de La Colina, Rafael. «El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas». *Thémis*, n.° 35, junio 1997, pp. 54 y 55.

[1607] El artículo 261 de la Ley N.° 26702 establece como derechos de la empresa fiduciaria los siguientes:
1. Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos; y,
2. Resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.

2. Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad;[1608]

3. Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo con lo pactado en el instrumento constitutivo;

4. Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos;

5. Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso con arreglo a ley, y cumplir —conforme a la legislación de la materia— las obligaciones tributarias del patrimonio fideicometido, tanto sustantivas como formales;

6. Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuando menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia;

7. Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacione con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario;

8. Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito;

9. Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas;

10. Transmitir a la nueva empresa fiduciaria, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso; y,

11. Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del fideicomiso o de su intervención en él.

A ello debemos agregar —como indicáramos anteriormente— lo señalado en los artículos 257 y 258 de la Ley de Banca y Seguros, en los cuales se establecen límites a la conducta del fiduciario, por medio de prohibiciones que —al fin y al cabo— se traducen en obligaciones de no hacer.

De este modo, se prohíbe a la empresa fiduciaria afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos. Cualquier pacto en contrario —así como las garantías y compromisos que se pacten contraviniendo esta prohibición— será nulo.

[1608] Debemos resaltar que en la Ley N.° 26702 se establece que, en caso que la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario. Uno y otros están facultados para coadyuvar en la defensa, si la empresa fiduciaria hubiese hecho valer la oposición.
Igualmente, se dispone que la empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberada de responsabilidad.

La empresa fiduciaria tiene prohibido, además, realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de:[1609]

- La propia empresa;
- Sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso;
- El factor o factores fiduciarios;
- Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate;
- Sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoria de la propia empresa.

Al igual que en el supuesto anterior, las operaciones que se realicen en contravención a los impedimentos reseñados, adolecerán de nulidad.

27.33.4. Responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de las obligaciones impuestas por el fideicomiso

Hemos observado que las obligaciones del fiduciario son, básicamente, de hacer y de no hacer. Esto conlleva a que su incumplimiento pueda dar lugar a la aplicación de las normas que al respecto prevé nuestro Código Civil en el Libro de Obligaciones (artículos 1150 a 1159). No obstante, en el caso del fideicomiso resulta difícil imaginar

[1609] Conforme a lo establecido por el artículo 258 de la Ley N.° 26702, esta prohibición también se aplica respecto al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y los parientes en conjunto, tengan personalmente una participación superior al cincuenta por ciento.

que efectivamente dichas medidas conlleven el cumplimiento de la obligación, y menos aún por parte de un tercero, dada la confianza que se deposita en la empresa fiduciaria y el hecho de que para alcanzar el fin perseguido por el fideicomiso se haya transmitido el dominio fiduciario de bienes. De aquí que la alternativa más atractiva (e incluso más eficiente) sea la de la responsabilidad civil.

27.33.4.1. Naturaleza de la responsabilidad civil

Respecto a ella, primero debemos establecer su naturaleza a fin de determinar las normas que deben aplicarse y, por ende, las consecuencias jurídicas que emanarán de aquellas. Para calificar la naturaleza de la responsabilidad civil, es menester comprobar si existe un vínculo contractual entre los sujetos intervinientes en el fideicomiso.

Si partimos de la tesis sustentada por Rodolfo Batiza, por la que critica la naturaleza jurídica del fideicomiso como acto unilateral, la respuesta parece ser simple: el fideicomiso es un contrato.

Sin embargo, si tomamos como referencia lo dispuesto en la Ley de Banca y Seguros, que lo concibe como una relación jurídica, resulta más adecuado sostener que el fideicomiso se distingue del acto mediante el cual se constituye. Así, el fideicomiso será contractual o no, dependiendo de la fuente que haya dado origen a su nacimiento. Recordemos que el fideicomiso puede constituirse a través de un acto unilateral, o a través de un contrato, lo que no supone afirmar que su naturaleza jurídica se restrinja a la de su acto constitutivo.[1610]

[1610] Ahora bien, como hemos observado, los elementos centrales del fideicomiso son la afectación de un patrimonio que se entrega en dominio fiduciario, y el que dicho patrimonio se torne autónomo. No obstante, a estos elementos podríamos agregar un tercero: la aceptación del fiduciario.
En los supuestos de fideicomisos constituidos vía contrato, la importancia de la acep-

Al margen de estas consideraciones, y tomando en cuenta que la mayoría de fideicomisos tiene por fuente al contrato, podemos sostener que generalmente la responsabilidad del fiduciario es contractual por emanar del incumplimiento de obligaciones nacidas del acuerdo correspondiente.

En numerosas ocasiones se trata de la no ejecución de un acuerdo de voluntad previo entre quien resulte víctima y el fiduciario. Esta responsabilidad la tiene frente al constituyente, y también ante el fideicomisario, de acuerdo a las circunstancias. En lo que respecta a la responsabilidad del fiduciario ante este último, compartimos la opinión de Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski,[1611] quienes afirman que tiene derecho a exigir el cumplimiento de las prestaciones a las que se encuentra obligado el agente y, eventualmente, reclamarle los daños y perjuicios sufridos. En este caso, la responsabilidad también sería contractual, incluso aunque el fideicomisario no fuera parte del contrato. Esto, en aplicación de la estipulación a favor de un tercero.

Sin perjuicio de lo antes expresado, no debemos descartar que existen supuestos en los cuales se podrá imputar responsabilidad extracontractual al fiduciario. Estos supuestos se encuentran vinculados a la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas, la misma que le sería imputable al ser titular de los bienes en cuestión.

---

tación no genera mayores dudas; en cambio, en los casos de fideicomisos testamentarios los debates son múltiples.

Sobre esto último y para evitar largas discusiones, solo diremos que nuestro ordenamiento jurídico dispone que el fideicomiso testamentario se entiende constituido desde la apertura de la sucesión; sin embargo, también establece que aquel se extingue si no hay aceptación. De ello se sigue que en sentido estricto, el fideicomiso testamentario requiere, para poder operar, la aceptación del fiduciario, aunque no la requiera para constituirse.

[1611] Kiper, Claudio M. y Silvio V. Lisoprawski. *Obligaciones y responsabilidades del fiduciario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1999, p. 89.

27.33.4.2. Factor de atribución

Por aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual, el criterio a seguir es el subjetivo, razón por la cual le serán imputables los daños causados por su actuar doloso o culposo, sea por acción o por omisión.

El estándar a tomar como eje de la evaluación para medir el actuar culposo es el del «buen hombre de negocios». Este criterio debe aplicarse teniendo en consideración, además, la especial relación de confianza que subyace en este tipo de operaciones. De esta relación emana para el fiduciario el deber de obrar con lealtad, pauta que, a su vez, deriva de la buena fe que debe acompañar a todo contrato y que debe valorarse de manera especial al analizar la responsabilidad del agente.

Como señalan Kiper y Lisoprawski:[1612]

> La violación al deber de lealtad se configura cuando el fiduciario se aprovecha de los conocimientos e informaciones de su función para procurar beneficios directos o indirectos para sí o para otros, en desmedro del fideicomiso [...].
>
> El fiduciario es responsable siempre que comete un error objetivamente injustificable para un experto de su clase. En cambio, si el supuesto error es opinable, pues se trata de un tema sobre el que existen diversas opiniones y posturas, lo que hace que deba ser apreciado subjetivamente, el error es excusable y no genera responsabilidad.

El artículo 259 de la Ley N.° 26702 brinda pautas en torno a este tema, señalando que la empresa fiduciaria que incumpla con sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fi-

---

[1612] *Ibidem*, pp. 93 y 94.

deicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

Esta norma, si bien se centra en supuestos de culpa grave y de dolo, no supone desconocer que por aplicación de las normas generales de inejecución de obligaciones, el fiduciario también deba responder cuando incumple sus obligaciones por culpa leve. Lo dispuesto en el citado artículo 259 ha tenido como intención asegurar una sanción severa para la empresa fiduciaria responsable, brindando, al mismo tiempo, una reparación justa a quien se vio perjudicado.

27.33.4.3. Responsabilidad solidaria por los actos del factor fiduciario

Siguiendo lo establecido en la Ley de Banca y Seguros tenemos que para cada fideicomiso que reciba, la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos.

La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento.

La empresa es solidariamente responsable por los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario.

En tanto esta norma no es sino una manifestación del principio por el cual el principal responde por el hecho del dependiente, nos remitimos a lo desarrollado respecto a ese tema en la parte correspondiente a la Teoría General de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

Debemos recordar, además, que en estricta aplicación del artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984, es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

27.33.5. A modo de conclusión

El fiduciario, como hemos observado en las páginas precedentes, está sujeto a cumplir con las obligaciones que la ley y el contrato le imponen, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él para lograr la finalidad perseguida con el fideicomiso.

Se encuentra, por ende, obligado a rendir cuentas de su gestión y no podrá ser dispensado de tal obligación, por lo que sería nula cualquier cláusula en contrario, sea establecida en el contrato o dispuesta por el beneficiario. Tampoco puede ser dispensado del dolo o culpa en que pudieran incurrir él o sus dependientes, ni podrá adquirir para sí los bienes fideicometidos.

Ahora bien, el examen realizado nos permite concluir afirmando que por aplicación de los principios generales propios de la responsabilidad civil, es posible establecer que si el fiduciario, en ejercicio de su función como tal, ocasiona un daño a alguien, está obligado a indemnizarlo, ya sea que su actuar haya sido doloso o culposo.

La regla consiste en que el fiduciario es responsable de todo daño causado al fideicomitente o al fideicomisario, por la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo por los daños que se deriven de supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; en general, de causas no imputables.

La responsabilidad que emana de dicho incumplimiento es evidentemente contractual. No obstante, ese no es el único plano en el que se puede y se debe realizar la evaluación, calificación y valoración de los hechos.

En efecto, es factible concebir supuestos en los que la responsabilidad a imputar sea extracontractual, pudiéndose —incluso— construir sobre la base del sistema objetivo del riesgo creado. Este tipo de situaciones son, por ejemplo, aquellas que tienen como causa un daño derivado de las cosas riesgosas o viciosas de las que el fiduciario es titular. A su vez, un hecho delictivo del fiduciario también podría ser la causa de imputación de responsabilidad extracontractual para el agente que haya cometido el ilícito penal, que, al ser dependiente de la empresa fiduciaria, podría implicar que aquella también deba responder, dependiendo del contexto que sirva de marco a la configuración de la responsabilidad.

27.34. Responsabilidad civil y protección del medio ambiente

El tema de la protección y conservación del medio ambiente surge, a nivel internacional, en la década de los años sesenta del siglo veinte, dada la preocupación por el creciente incremento de la población mundial y la producción alimenticia.

En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a una conferencia diplomática general a fin de tratar los diversos aspectos relacionados con el tema. Esta se reunió en la ciudad de Estocolmo (Suecia) en 1972, asistiendo delegaciones de 113 países. De ella surgieron la «Declaración sobre el Medio Humano» y una serie de «Recomendaciones» que se conocen, ambas, comúnmente, como «Declaración de Estocolmo». Esta Declaración tiene la particularidad de ser la primera gran llamada de atención, a nivel mundial, sobre el tema de la protección y conservación del medio ambiente.

Así, puede decirse —según Demetrio Loperena[1613]— que la necesidad de protección del medio ambiente humano como asunto de interés político es de reciente data. Se produce a causa de la enorme preocupación suscitada por la contaminación en los países industrializados. Se piensa que el modelo de desarrollo que deja como consecuencia un envenenamiento del aire, del agua y de la tierra, no es deseable. Debe procurarse un desarrollo que tenga en cuenta la preservación de los recursos naturales vitales para el ser humano, no solo como autoprotección de la actual generación, sino como un deber de esta hacia las futuras.

Indica el citado profesor que el disfrute del medio ambiente se realizó siempre sin necesidad de una especial protección jurídica. Se protegían los recursos naturales simplemente para un mejor aprovechamiento. La novedad, por consiguiente, no se encuentra en el dato fáctico de dicho disfrute, ni siquiera en la existencia de normas que regulan el aprovechamiento de los elementos que lo componen, sino en la posición que trata de reconocer jurídicamente al ciudadano, individuo, pero sobre todo al colectivo, incluyendo el ámbito planetario, ante conductas individuales y colectivas que pueden determinar una alteración tan seria de sus parámetros que ponga en riesgo el desarrollo social, el económico, la salud pública y aun la supervivencia de nuestra especie.

En principio, el rol protagónico —en lo que concierne a la protección del medio ambiente— recae en el Estado. No obstante, dado lo complejo de la realidad y la importancia del tema, ello ya no resulta suficiente. La Administración Pública es insuficiente para la defen-

---

[1613] Loperena, Demetrio. *Los principios del Derecho Ambiental.* Madrid: Civitas, 1998, p. 23.

sa de la naturaleza, por lo que los mecanismos propios del Derecho Privado adquieren una nueva dimensión.

Es así que la responsabilidad civil se presenta dentro de este contexto como uno de los institutos llamados permitir la actuación de los particulares en la tutela del medio ambiente.

La reglamentación ambiental establece normas y procedimientos destinados a preservar el medio ambiente. En ausencia de un régimen de responsabilidad, el incumplimiento de las normas y procedimientos vigentes solo puede entrañar una mera sanción de carácter administrativo o penal. En cambio, si se incorpora a la normativa el concepto de responsabilidad, los causantes de la contaminación también correrán el riesgo de tener que asumir los gastos de restauración o compensación por los daños que hayan provocado.

Habida cuenta de que resultaría imposible adentrarnos de lleno en su estudio, sin familiarizarnos primero con los términos del medio ambiente, desarrollo sostenible, así como con otros conceptos claves en esta materia, hemos optado por desarrollar este tema en dos partes. En esta primera parte nos limitaremos a realizar una introducción sobre la problemática; en una segunda parte, analizaremos los elementos y presupuestos sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad civil en materia ambiental.

27.34.1. Hacia una definición de medio ambiente

Según opinión de la doctrina consultada, para llegar a encontrar un concepto de medio ambiente son dos los datos principales que deben tenerse en cuenta: La historicidad de la noción de medio ambiente, y su transversalidad. Esto equivale a decir que, de una parte, posee un componente temporal ligado al cambio de las circunstancias que afecten el ciclo de vida; y, de otro, el medio ambiente puede manifestarse como un valor a proteger en cualquier actividad que desarrolle el ser humano.

A grandes rasgos, entonces, podemos describir al medio ambiente como un concepto jurídico de contenido esencialmente histórico y variable.

En un intento por alcanzar mayor especificidad, podemos, asimismo, entender que el medio ambiente posee una triple dimensión: Una, ligada al concepto del paisaje, donde se incluye tanto el entorno natural como el patrimonio histórico artístico; otra, relativa a la defensa del suelo, del aire y del agua; y, una tercera, que subyace en la normativa urbanística. [1614]

Y es que hoy en día se intenta definir el concepto de medio ambiente desde distintos ángulos: uno de ellos considera al medio ambiente como la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre los mismos. Desde otra perspectiva se incluye, junto a estos elementos bióticos y abióticos, también a objetos de origen humano y aspectos característicos del paisaje.

Esta segunda visión del medio ambiente, que podríamos calificar como *amplia*, denota una nueva sensibilidad que —en efecto— contempla la triple dimensión del medio ambiente.

Históricamente el medio ambiente (antes naturaleza), fue estudiado o tratado —en lo fundamental— desde ópticas tales como la científica, la productiva, la artística, la literaria, la filosófica y la religiosa.

En la actualidad, la interacción de la sociedad humana con el medio ambiente es cada vez mayor y el deterioro de este más patente, llegando —en muchos casos— a ser irreversible.

[1614] Ortega Álvarez, Luis. *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 47.

A pesar de que cada vez son más las personas, grupos y gobiernos que tratan de poner freno —de diversas maneras— a dicho deterioro, el mismo no deja de acentuarse. Estos dos factores —interacción y deterioro— fueron las causas del gran crecimiento que tuvieron en las últimas décadas nueyas disciplinas medioambientales como la legal y la económica.[1615]

Estamos, pues, ante la situación de afrontar una concepción multidisciplinaria del medio ambiente. Esta tendrá implicaciones de diverso tipo, las mismas que influirán en el ciudadano a través de mecanismos legales y económicos.

27.34.2. Desarrollo sostenible: Relación entre medio ambiente y economía

El desafío de nuestro tiempo consiste en reconocer que no resulta posible tener una economía y una sociedad sana en un mundo con tanta pobreza y degradación ambiental.

La relación entre medio ambiente y economía es clara. El crecimiento económico provoca el aumento del consumo de energía y además residuos, emisiones, vertidos contaminantes. También se incrementa el uso del suelo, el transporte y el turismo. Se multiplican, así, los problemas de infraestructura y contaminación. La misma estructura y tecnología de la producción está mayormente organizada sin tener en cuenta el impacto ambiental negativo que puede provocar.

Es en este complejo contexto donde surge la necesidad de conocer todo el trasfondo económico de lo que muchas veces —de manera

[1615] Vásquez Reynoso, Eulogio y Manuel Pérez Pintos. «Valoraciones económicas de daños en el medio ambiente». En: http://espanol.geocities.com/loiololo/inicioE.htm

simplista— llamamos «desarrollo», pero que en el ámbito medioambiental constituye un claro retroceso. La ausencia de información práctica sobre las relaciones entre medio ambiente y economía es el resultado de la escasa experiencia económica en política ambiental.[1616]

El desarrollo implica crecimiento, un crecimiento que no puede agotarse en la realidad tangible e inmediata, sino que necesita proyectarse para el futuro traspasando la simple perspectiva de la productividad.

No es suficiente ocuparse de las condiciones en que se desenvuelve la actividad industrial y tecnológica, ya que tiene que existir también preocupación por los límites de la productividad, de modo tal que la calidad de vida y el desarrollo puedan ser compatibilizados.

Esta nueva ideología y modo de conceptualizar el progreso, inspiró las ideas que sobre desarrollo sustentable elaboró la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)[1617] en las Jornadas preparatorias para la Eco 92 de Río de Janeiro; a saber:

(a) Superación de la dicotomía ambiente-desarrollo.

(b) Diferencias de origen y consecuencias de los problemas ambientales entre los países desarrollados y en desarrollo.

(c) Planteamiento de la relación hombre-naturaleza en los niveles comunal, estatal, regional e internacional.

(d) No relacionar la sustentabilidad del desarrollo, solamente con el capital natural, sino en el ámbito de un equilibrio dinámico

[1616] Vásquez Reynoso, Eulogio y Manuel Pérez Pintos. *Op. cit.*

[1617] Flah, Lily R. y Miriam Smayevsky. «Ecología: Desarrollo sostenido y desarrollo sostenible». En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 353.

entre todas las formas de capital o patrimonio: humano, financiero, físico, institucional y cultural.

(e) La preocupación ambiental exige esfuerzos sistemáticos de política económica, innovación tecnológica, educación, participación popular, entre otros.

(f) La cooperación internacional no debe encarar aisladamente los problemas ambientales, sino tratar —en forma integrada— la defensa del ambiente y el impulso al desarrollo.

Estas ideas fueron incorporadas y puntualizadas en la Declaración de Río,[1618] que —al igual que su precedente, la Declaración de Estocolmo— es el enunciado ético de los grandes principios que deben guiar la conducta de los Estados en relación a la protección del medio ambiente y al desarrollo de los pueblos. Se enumeran 27 principios que deben guiar la conducta económica y ambiental de los individuos y de las naciones en la búsqueda del desarrollo sustentable global. Entre otros principios, se afirma los siguientes:

- Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones por el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, siempre y cuando no causen daño al medio ambiente de otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción.
- El derecho al desarrollo debe cubrir las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

[1618] TAGLIONE CORONADO, Mario N. «Medio ambiente y desarrollo». En: http://www.geocities.com/ResearchTriangle/Thinktank/4492/articulos/Articulo17.htm

- La protección ambiental constituirá una parte integral del proceso de desarrollo y no podrá ser considerada en forma aislada.
- Todos los Estados y toda la gente deben contribuir a la erradicación de la pobreza, constituyendo este un requisito indispensable para el desarrollo sustentable.
- Debe darse prioridad a los países en desarrollo y a aquellos que son más vulnerables ambientalmente.
- Los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas, debido a los distintos grados de contribución a la degradación ambiental global.
- Los Estados deben reducir los patrones no sustentables de producción y consumo, y promover políticas demográficas adecuadas a fin de lograr una calidad de vida más alta para toda la gente.
- Los temas ambientales deben ser manejados con la participación de todos los ciudadanos, para lo cual se les brindará acceso a la información que tengan las autoridades públicas.
- Los Estados deben promover un sistema económico internacional que favorezca el desarrollo sustentable de todos los países.
- Los Estados deben desarrollar leyes nacionales y normas internacionales para compensar a las víctimas de la contaminación por actividades realizadas dentro de su jurisdicción.
- Los Estados deben cooperar para desalentar y prevenir la transferencia a otros Estados de actividades o sustancias que causen daño a la salud o al medio ambiente.

- Los Estados tienen la obligación de notificar a los Estados posiblemente afectados en caso de desastre natural, emergencia o actividades transfronterizas que causen daños ambientales.

Como hemos anotado, queda claro que el desarrollo sostenible implica no comprometer indebidamente el sustrato biofísico que lo hace posible, de manera tal que permanezca disponible para las presentes y las futuras generaciones.

27.34.3. Protección del medio ambiente

Como hemos podido observar, si bien en las últimas décadas la intensa actividad industrial del hombre ha dado lugar a un desarrollo económico, tecnológico y científico incalculable, ello también ha implicado, como contrapartida, el deterioro de las condiciones ambientales a un nivel alarmante.

La constatación de los graves efectos nocivos de dicho deterioro, así como la comprensión de que la tutela del ambiente y el desarrollo no son nociones y objetivos divorciados, sino más bien vinculados, ha dado origen al nacimiento del denominado desarrollo sostenible y, asimismo, ha determinado el surgimiento del Derecho Ambiental.

Este Derecho se caracteriza por la finalidad de sus normas y porque su enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios jurídicos propios que se imponen —precisamente— para hacer posible el cumplimiento de sus fines: garantizar la supervivencia del planeta, a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que le hacen posible.[1619]

Los principios que fundamentan esta nueva rama del Derecho son, básicamente, de dos clases: estructurales y funcionales.

[1619] Ortega Álvarez, Luis. *Op. cit.*, p. 47.

Los principios estructurales son aquellos que amparan el fin perseguido cualificándolo. En este rubro encontramos el principio de globalidad, que pone en cuestión el dogma de la soberanía, descartando los límites que imponen las fronteras cuando se trata de la defensa y protección del medio ambiente. A su vez, se ubica el principio de horizontabilidad, el mismo que se manifiesta en un doble sentido: por un lado, reconociendo que el medio ambiente puede afectar diferentes ámbitos y políticas, y, por otro, reconociendo la necesidad de que dichas políticas se formulen teniendo en cuenta el marco ambiental. Por su parte, el principio de sostenibilidad permite integrar dos valores imprescindibles para la humanidad; esto es, el crecimiento económico del que se derive una mejor calidad de vida material, y la protección del medio ambiente en su triple dimensión. De los principios de globalidad y sostenibilidad se deriva, como condición para alcanzar el fin perseguido por aquellos, un cuarto principio, el de solidaridad.

Los principios funcionales orientan cuáles deben ser los instrumentos más idóneos para lograr una adecuada tutela del ambiente. El principio de prevención, el de causalidad y el de integración de costos ambientales forman parte de esta clasificación.

El principio de prevención se sustenta en el alto potencial de irreparabilidad de los daños ambientales, que hacen que la prioridad del Derecho Ambiental sea evitar la producción de un daño, dejando la reparación en un segundo plano.

Edis Milaré y Antonio Herman Benjamín dicen —de modo elocuente— que «El derecho ambiental es —o debe ser— antes que nada un conjunto de normas de carácter preventivo. En todos los segmentos de esta disciplina jurídica se resalta el aspecto de prevención del daño ambiental. La tutela del medio ambiente, a través de una larga evolución, ha traspasado la fase represiva-reparatoria, basada fundamentalmente en normas de responsabilidad penal y civil,

hasta llegar a su estadío actual en que la mayor preocupación es cómo evitar y no cómo reparar o reprimir».[1620]

El principio de causalidad «obliga a no determinar la acción preventiva o reparadora en el escalón último donde se haya manifestado el daño ambiental, sino que debe recorrerse todos los escalones previos hasta averiguar cuál es la causa del resultado dañoso. Una derivación del mismo lo constituye el principio de no traslación de la contaminación del deterioro ambiental de un medio receptor a otro, lo que permite limitar la circulación de residuos y obligar a que su tratamiento se produzca en el lugar más próximo al de su origen. Este principio aparece especialmente ligado, en este caso, al de globalidad, ya que un daño ambiental en un punto del planeta puede tener su origen en actividades desarrolladas a miles de kilómetros de distancia».[1621]

Por último, el principio de integración de costos ambientales —que tiene por manifestación principal el principio de «quien contamina, paga»— pretende introducir la economía ambiental en el circuito de la economía productiva tradicional. Con este principio se busca, por tanto, integrar el costo que representa la prevención, mantenimiento o regeneración ambiental, en los sistemas de fabricación, de producción o de prestación de servicios que inciden en el medio ambiente.

Como podemos inferir, el citado principio tiene por objetivo evitar la patología de la economía de mercado que la problemática ambiental confronta y que Fernando de Trazegnies[1622] explica en los siguientes términos:

[1620] Cossari, Nelson Gustavo A. y Daniel Germán Luna. «El principio de prevención y la evaluación de impacto ambiental». En: http://www.aaba.org.ar/bi20op27.htm

[1621] Ortega Álvarez, Luis. *Op. cit.*, p. 52.

[1622] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.*, tomo II, p. 339.

> Fundamentalmente, nos encontramos frente a una patología de la economía de mercado que desvirtúa su sentido y afecta gravemente los mecanismos de oferta y demanda para la asignación de recursos. En efecto, dentro del sistema de precios, el productor en situación de competencia tiende a bajar al máximo sus costos y a no hacer uso de la tecnología disponible para evitar los subproductos nocivos de los progresos tecnológicos a fin de ahorrarse un costo adicional. Pero al actuar de esta manera introduce una distorsión del propio sistema de precios e invalida el mecanismo porque crea «externalidades». Este término indica la situación en la cual el productor traslada algunos de sus costos a terceras personas por medios ajenos al precio y, de esa manera, no los contabiliza como propios. La actividad contaminante es una típica «externalidad» porque impone costos no compensados (daños) a terceras partes. En otras palabras, el costo no desaparece por el hecho de no hacer uso de la tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado a aquél que sufre los daños consecuentes.

El daño ambiental —que analizaremos en el siguiente Capítulo—, especie del «daño injusto», consistirá en una agresión directa al ambiente, provocando una lesión indirecta a las personas o cosas por una alteración del ambiente, o en lo que denominamos impacto ambiental negativo, que consiste en la afectación mediata de la calidad de vida de quienes habitamos el planeta.

Ahora bien, el daño ambiental, como daño socialmente intolerable, posee ciertas características que han determinado que el Derecho actual reconozca enfáticamente la importancia de brindarles un tratamiento jurídico adecuado.

Dentro de tal orden de ideas el Estado, como titular de la gestión ambiental, se instituye como el encargado de promover y regular la protección del ambiente a través de una correcta política ambiental, así como de una adecuada regulación y de un eficiente control del cumplimiento de la misma.

Las políticas ambientales se dirigen, ante todo, a lograr que el actual modelo de vida no provoque una situación de desastre ecológico irreversible, razón por la cual se articulan instrumentos que tienen por finalidad atenuar los efectos de dicho modelo en el entorno natural. Tales instrumentos son muy variados y se extienden, entre otros, a:[1623]

- Los avances científicos en nuevos materiales, que sustituyen el uso de recursos no reciclables o de recursos de cuyo uso se derivan residuos contaminantes.
- La planificación de las infraestructuras, con el impulso del transporte colectivo y el menor uso de energía de calefacción.
- La promoción de nuevas pautas de conducta humana, que derive a una utilización voluntaria de productos no contaminantes.
- La imposición normativa de reglas, que deben ser respetadas en cuanto a la protección del medio ambiente natural, en cuanto al uso de los recursos.

El paradigma de todas estas medidas se centra —como venimos subrayando a lo largo de este Capítulo— en la idea de desarrollo sostenible que tiene por objetivo articular el crecimiento económico con el respeto por el ambiente, a fin de conseguir el aumento de la calidad de vida.

El Estado, sin embargo, se presenta muchas veces como agente del daño, especialmente en el ejercicio de su actividad empresarial, por lo que es difícil esperar una real y efectiva fiscalización por parte

[1623] Ortega Álvarez, Luis. *Op. cit.*, p. 45.

de sí mismo. Igualmente, en otras tantas ocasiones, su juicio se ve mermado frente a la presión de los grandes consorcios privados, lo que provoca la lentitud e ineficacia de las medidas de control estatal.

En el marco de un Estado Individual, los innumerables reglamentos ordenando la actividad empresarial, al mismo tiempo que otorgan a los ciudadanos una protección aparente, pueden, en ciertos casos, reforzar —más que frenar— el impacto de los agentes contaminantes. La Administración, muchas veces, se reserva la facultad de conceder autorizaciones. Nace y se convalida de esa forma, por la vía de los permisos de explotación, el derecho a contaminar.[1624]

Según Hernández Díaz-Ambrona, a ello debemos agregar, por otro lado, que la Administración suele destacar por su falta de rigor y objetividad. La oportunidad pública preside con frecuencia sus actuaciones que se esconden bajo discursos baratos en los que se realza un falso crecimiento y desarrollo económico.

En efecto —anota— la Administración, lejos de convertirse en el eje de la defensa ambiental, es muchas veces la causa principal de sus males. Además de la gran pasividad con la que desarrolla su papel frente a los particulares en general y las empresas en especial, relajando su función fiscalizadora o no haciendo uso de su potestad sancionadora, muchas veces es agente directo.

Bajo esa perspectiva, resulta más práctico y económico, que los propios miembros de la sociedad participen activamente en la salvaguarda del ambiente. Que todo ilícito ambiental —para ser perseguido— haya de ser digerido por la Administración, supone el despla-

[1624] Hernández Díaz-Ambrona, Luis Romualdo. «Responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente». En: *Cuestiones sobre responsabilidad civil.* Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 112.

zamiento y la demora del problema. Desplazamiento, por cuanto cada uno es responsable del mal que causa; y demora, por la apertura de la vía administrativa que —generalmente— conlleva innumerables plazos.[1625]

Lo antes expuesto ha contribuido a que la acción de los particulares —a través de las instituciones jurídicas pertenecientes a las distintas disciplinas jurídicas— se haya transformado en los últimos años en un impensado mecanismo de control social sobre la actividad del agente contaminante por excelencia, es decir, la empresa.

Una de esas acciones es la de la responsabilidad civil extracontractual. En el Perú no existe una reglamentación específica sobre este tema, razón por la cual los casos de daño ambiental son examinados y resueltos sobre la base de las normas generales de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil de 1984.

27.34.4. La responsabilidad civil como instrumento de protección del medio ambiente

Dentro de un escenario como el planteado se sugiere la posibilidad de que la protección del medio ambiente no se deje únicamente en manos de una regulación pública, sino que se extienda al ámbito privado.

El instituto de la responsabilidad civil se presenta, en este orden de ideas, como uno de los mecanismos a través de los cuales los particulares pueden proteger el medio ambiente.

No obstante lo expresado, debemos señalar que hoy en día no existe consenso dentro de la doctrina en torno a si el régimen de la responsabilidad civil extracontractual constituye una técnica apropiada para la protección del medio ambiente. Algunos juristas argumentan que los daños ambientales sí corresponden al régimen de la responsabilidad civil extracontractual, debido a los elementos que la conforman. Otros, en cambio, consideran que es un medio insuficiente dadas las características de este tipo de daños, toda vez que señalan que mientras el Derecho Ambiental debe ser preventivo, la responsabilidad civil es un instrumento represivo.

[1625] Hernández Díaz-Ambrona, Luis Romualdo. *Op. cit.*, p. 120.

Quienes se adhieren a esa postura parecen no tomar en cuenta que la responsabilidad civil, como institución jurídica que es, ha de procurar utilidad social, lo que equivale a una asignación eficiente de los recursos económicos. De ello se sigue que indemnizar sin disuadir y, en consecuencia, reducir la frecuencia de conductas ineficientes —porque sus costos sociales, incluido su potencial dañoso, superan sus beneficios sociales, incluido el ahorro de los mayores costos en precaución de las conductas alternativas— es una operación que gasta recursos, pues la transferencia de la carga dañosa del perjudicado al responsable genera costos, sin incrementar la eficiencia asignativa.

En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasiva, pues de lo contrario se trataría de una institución socialmente absurda e ineficiente.

Así lo entiende también el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, al resaltar la conveniencia de utilizar el mecanismo de la responsabilidad civil como medio para asignar los gastos necesarios en la restauración del medio ambiente.

De este modo, pone de relieve que la responsabilidad civil constituye una herramienta jurídica y económica que sirve para obligar al responsable de un daño a pagar una indemnización por los gastos que demande su reparación. Al exigir a los autores que cumplan con dicha obligación, la responsabilidad civil tiene como importante fun-

ción secundaria la de consolidar determinadas normas de conducta e impedir que se causen más daños en el futuro.

Por otra parte, no se debe restar importancia a las medidas reparatorias y represivas en este ámbito, las cuales también llevan implícito un propósito de prevención a través de la amenaza de una indemnización o de una sanción para aquellos que incurrieren en la acción u omisión que prevén.

Se puede agregar, asimismo, que la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de los daños ambientales tiene como premisa la evolución de la que dicha institución ha sido objeto, como consecuencia de los fenómenos económicos que han provocado que los presupuestos sobre los cuales se basaba la doctrina clásica de la responsabilidad, hoy sean otros.

Sobre la base de esa evolución —y coincidiendo con Gómez Pomar—[1626] somos conscientes de que la responsabilidad civil está destinada a jugar un rol preponderante en la protección y tutela del medio ambiente. La responsabilidad civil no se agota en su rol compensatorio; esta institución solo cobra sentido en tanto permite alcanzar un doble objetivo; a saber:

(a) Un efecto preventivo, al incentivar la adopción de medidas preventivas y de reducción de riesgos del medio ambiente, por parte de las empresas o personas que realizan actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente, ante la posibilidad de que tengan que afrontar una indemnización altamente costosa.

[1626] Citado por Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La responsabilidad por daños al medio ambiente. El caso del agua en México.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 72.

(b) Un efecto compensatorio, pues la reparación a favor de las víctimas les compensa los daños sufridos y les da la posibilidad de restaurar la situación del medio ambiente a su estado anterior a la agresión.

La responsabilidad civil del medio ambiente constituye un medio de aplicación de los principios fundamentales de política ambiental recogidos en la doctrina y la legislación preponderante y, en particular, del principio de que «quien contamina paga». Si no se aplica este principio para cubrir los gastos de reparación de daños ambientales, el medio ambiente se queda sin restaurar, o es el Estado —y en última instancia el contribuyente—, quien tiene que costearlos. Por eso, el primer objetivo consiste en responsabilizar al agente del daño por los perjuicios que causa.

Si quienes originan un impacto ambiental negativo se ven obligados a sufragar los costos relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el costo marginal de la descontaminación resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar. Dentro de tal orden de ideas, el principio de responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internalización de los costos ambientales.

De este modo, al igual que gran parte de la doctrina, pensamos que la responsabilidad civil ambiental también puede facilitar la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, así como fomentar la inversión en el ámbito de la investigación y el desarrollo, con fines de mejora de los conocimientos y las tecnologías.

27.34.5. Algunos comentarios finales

Antes de concluir debemos reiterar que vivimos una época en la que la preocupación por la conservación del ambiente natural es una de las notas características. Múltiples iniciativas y propuestas se han

implementado en los últimos años a nivel mundial como producto de esta conciencia ecológica generalizada, que busca modos y mecanismos a través de los cuales se pueda tutelar y preservar el medio ambiente.

Las filosofías esenciales sobre las cuales se fundamentan las formas de protección, que la doctrina y la legislación de diferentes países han elaborado con respecto al medio ambiente, son dos: la intervencionista y la neoliberal.

A decir de Héctor Alegría[1627] el primer modelo, esto es, el modelo intervencionista, se caracteriza por su carácter publicístico, contemplando la adopción de medidas de prevención, consistentes en la regulación directa de las actividades dañinas para el ambiente. La regulación puede ejercerse a través de una prohibición de la actividad, o de un régimen de premios y castigos.

Por su parte, el modelo neoliberal propone formas de protección indirecta, que tienen a la empresa como protagonista principal, responsabilizándola por los costos generados por su actividad.

Según refiere Alegría, las decisiones más costosas no implican necesariamente consecuencias desfavorables. El medio ambiente, o en forma más amplia la biodiversidad, es el hábitat no solo de los animales y las plantas, sino por sobre todo, del ser humano, el cual le provee —entre otras «nimiedades»— nada menos que el aire que respira, el agua y el alimento que lo sustenta y la tierra en donde edifica su hogar. La armonía que reina en el ámbito natural es de una importancia vital, los cambios en los distintos biomas existentes en la

[1627] Alegría, Héctor. «Economía, medio ambiente y mundo financiero». En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 323.

tierra producen efectos insuperables; muchas veces es imposible volver atrás cuando de la naturaleza se trata.

Como expresa Lucía Gomís:[1628]

> Al margen del valor intrínseco del medio ambiente, está demostrado que cuando la contaminación reduce la productividad de la tierra y de la mano de obra, así como de otros factores de producción, la economía tiende a relentizarse y la prosperidad también. En consecuencia, un elemento clave para el éxito de esta política consiste en la integración de los factores medioambientales en los procesos de producción y su posterior reflejo en el precio del producto. El citado proceso de internalización de los costos de la contaminación contribuye a conseguir el ajuste de la actividad de las partes potencialmente contaminantes, poniendo de manifiesto la vertiente preventiva del célebre principio de política ambiental «quien contamina, paga»; principio que fundamenta la existencia del mecanismo de la responsabilidad por daños al medio ambiente. Por lo tanto, el mecanismo jurídico de la responsabilidad se presenta como un medio capaz de conseguir el objetivo último de la prevención del daño ambiental y sólo cuando ésta no ha sido posible recuperará su función clásica como mecanismo de compensación.

La responsabilidad civil es un figura del Derecho privado que evita que las autoridades administrativas intervengan, de manera que permite que las decisiones de protección ambiental no se centren únicamente en la administración pública. La reparación y, por lo mismo, el costo económico del daño ambiental recae sobre la persona física o moral que haya sido causante del mismo, lo que cumple con el principio «quien contamina paga».

[1628] Gomís Catalá, Lucía. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 23.

Por supuesto, resulta esencial que la responsabilidad civil se complemente con o incluya la adopción de medidas preventivas para evitar que se produzcan daños en el futuro o se evite que un daño que ya se ha producido continúe produciéndose.

Así, podemos concluir que pese a que el Estado se configura como el «legitimado ideal» para garantizar la efectiva y diligente reparación del medio afectado, ello no significa que deba ser el único o el más adecuado en determinadas circunstancias. Hoy los hechos nos vienen demostrando con creces que existe la necesidad de que todos seamos partícipes reales y activos de la defensa del ambiente, defensa para la cual la responsabilidad civil constituye un instrumento tremendamente relevante. No obstante y como veremos en el siguiente Capítulo, dicha institución necesita ser repensada y reconstruida de modo tal que pueda cumplir con la doble finalidad que le da sustento, la preventiva y la reparadora.

La naturaleza particular del daño ambiental puro o directo, esto es, su carácter colectivo, exige aplicar un régimen de responsabilidad civil también especial. Forzar la humanización de los daños ambientales solo conlleva a negar su reparación.

El objetivo principal de todo sistema de responsabilidad consiste en compensar el daño causado a la víctima a través del mecanismo judicial individualista que se inspira en el principio de justicia correctiva. Ahora bien, en lo que concierne al medio ambiente, ese objetivo clásico de compensación del individuo se ve matizado por el objetivo de ajustes de las actividades de los agentes dañinos, de modo que aquellas impliquen la internalización de los costos de contaminación y degradación ambiental. En ese sentido el principio de quien contamina paga, así como el principio de prevención y precaución, ocupan un sitial privilegiado como fundamentos del sistema de responsabilidad civil en esta materia.

27.35. Responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales

El Derecho, como protector de los intereses de los individuos, no puede permanecer indiferente ante los daños al medio ambiente que infringen el derecho de las personas a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La necesidad de tutelar los intereses colectivos produce el nacimiento de nuevas problemáticas que deben ser resueltas por la teoría de la responsabilidad civil, tales como la necesidad de tomar en consideración los daños sociales, el problema de la individualización del sujeto responsable y las dificultades de determinar el monto y el beneficiario de la indemnización.

27.35.1. El daño ambiental

Para calificar la responsabilidad civil que se origina en las conductas de deterioro que causan el detrimento del medio ambiente, resulta preciso delimitar primero el concepto de daño al medio ambiente o daño ambiental, el cual se erige como una categoría clave en este tema, toda vez que se constituye en uno de sus presupuestos.

El Libro Verde sobre reparación del daño ecológico subraya, al igual que la doctrina especializada, que es esencial contar con una definición jurídica de daño ambiental. De dicha definición va a depender el proceso de determinación del tipo y campo de aplicación de las correspondientes medidas de reparación y, por consiguiente, los costos que pueden llegar a recuperarse por medio de la responsabilidad civil.

A pesar de ello y de los esfuerzos de la doctrina, la jurisprudencia e incluso de la legislación de diferentes países, todavía no se ha llegado a un acuerdo respecto al objeto del daño ecológico, el grado a partir del cual un impacto puede considerarse como daño y quién tiene derecho a decidir sobre estos aspectos.

En todo caso, partimos de la idea de que el daño ambiental tiene como eje la noción que se adopte sobre el medio ambiente, la cual, como hemos observado en el Capítulo anterior, sigue generando discusiones que no permiten llegar a un criterio uniforme.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, empezaremos por decir que la conceptualización del daño[1629] como elemento del sistema de responsabilidad común, siempre ha sido discutida, predominando —por ello— una tesis amplia y flexible.

A decir de Hernán Corral:[1630]

> De la identificación del daño como una lesión concreta a un derecho subjetivo propiamente tal, se ha pasado a una concepción del perjuicio como una pérdida o menoscabo sufrido no sólo en derechos subjetivos propiamente tales, sino, además, en meros intereses o ventajas.

[1629] Oscar Amaya recogió algunas definiciones durante su ponencia en el Congreso Venezolano de Derecho Ambiental (Mecanismos y Medidas Jurídicas en Defensa del Ambiente, Camino a la Cumbre Sobre Desarrollo Sostenible 2002):
- Para De Cupis, «daño no significa más que conocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable».
- Para Hinestrosa, «daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja».
- Para Javier Tamayo, «daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial».
- A su turno, Escobar Gil escribe que «en el lenguaje corriente la expresión 'daño' significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza».
- Para Bustamante Alsina, «daño significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)».

[1630] Corral Talciani, Hernán. Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del medio ambiente. En: *Revista Chilena de Derecho*, n.º 1, vol. 23, enero-abril 1996, p. 153.

La definición del daño ambiental puede llegar a ser muy compleja, por estar sujeta a la definición que se tenga de «medio ambiente». Por este motivo, muchas legislaciones optan, como es el caso de la española, por remitir la tarea a los jueces para que ellos den solución al caso concreto.

El concepto de daño ambiental no debe ser excesivamente restrictivo puesto que ello implicaría una traba al desarrollo sostenible y la eficiencia del sistema; ni uno muy amplio, ya que ello podría generar la pérdida de recursos y una carga excesiva para la industria y la sociedad a largo plazo.

Según refiere María Delia Pereiro:[1631]

> Hoy se suele distinguir dos tipos de daños ambientales: los puros o directos y los indirectos. Los primeros se encuentran referidos a aquellos daños causados al medio ambiente, entendido como un bien de titularidad colectiva. Los segundos, en cambio, son los daños que sufren los particulares como consecuencia, principalmente, de inmisiones industriales que contaminan el aire, el agua, el suelo, con el consiguiente perjuicio para las personas y las cosas.
>
> Al tratarse de un régimen de responsabilidad ambiental, resulta pertinente que recoja en su ámbito de aplicación los daños causados al medio ambiente. Lo que acabamos de exponer es menos evidente de lo que pa-

[1631] Pereiro De Grigaravicius, María Delia. La responsabilidad civil frente a la nueva ley de residuos industriales y la regulación anterior sobre residuos peligrosos y patológicos. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños y Responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Constitucionalización de los nuevos derechos. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002. Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires. En: http://www.aaba.org.ar/bi20op74.htm

rece, pues son varias las legislaciones nacionales denominadas como de «responsabilidad ambiental» (o con títulos similares) en las que se contemplan los tipos tradicionales de daños (corporales y materiales, por ejemplo) pero no los daños ambientales propiamente dichos.

En las citadas leyes, los daños están cubiertos si son consecuencia de actividades que se consideran peligrosas para el medio ambiente o si se trata de situaciones en las que los daños (tradicionales) están vinculados a efectos cuya transmisión se produce por vía ambiental (por ejemplo, contaminación del aire o del agua). Son ejemplo de este tipo de legislación, la Ley Alemana sobre Responsabilidad Ambiental, de 1990 y la Ley Danesa sobre Compensación por Daños Causados al Medio Ambiente, de 1994.

En otras legislaciones nacionales, la degradación del medio ambiente también está contemplada, como elemento próximo a los daños tradicionales, pero sin que exista ninguna norma suplementaria para desarrollar este concepto.[1632]

Entre las características particulares de los daños ambientales podemos mencionar las siguientes:

- Generalmente los daños ambientales son irreversibles en sus consecuencias.
- En la mayoría de casos, se relacionan con progresos tecnológicos.
- Poseen efectos acumulativos que pueden manifestarse más allá de la vecindad, contaminando en forma general e inclusive originando contaminación transfonteriza.

[1632] Libro Blanco sobre Responsabilidad Civil Ambiental.

- Son daños colectivos por sus causas y consecuencias, ya que involucran a muchas personas.
- Son daños difusos en su manifestación y en el establecimiento de la relación causal.
- Son daños continuados, en virtud de que sus efectos pueden prolongarse en el tiempo.

Como indica Lucía Gomís:[1633]

Para que los daños sean resarcibles, es necesario que posean determinadas características; a saber:

(a) Exigencia del daño cierto

Afirmar que el daño debe ser cierto significa afirmar que no existen dudas sobre su realidad. No obstante, cuando del medio ambiente se trata, es fácil intuir, por una parte, las numerosas dificultades que surgen a la hora de probar la existencia misma del daño y, por otra parte, las dudas científicas que constantemente se plantean y que aún no parecen estar resueltas para temas tan cotidianos como, por ejemplo, las verdaderas causas y consecuencias del cambio climático, los efectos nocivos para la atmósfera de las incineradoras de residuos, etc.

Como debe tratarse de un daño cierto, quedan excluidos los daños futuros, pues para que tenga relevancia jurídica, debe ser cierto, determinable y cuantificable económicamente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, consideramos que existen ciertas amenazas de daño que sí deben dar lugar al nacimiento

[1633] Gomís Catalá, Lucía. *Op. cit.*, p. 74.

de la responsabilidad civil. Se trata de casos en los que el principio de prevención y el de precaución no nos permiten permanecer pasivos.

El problema se planteará cuando el riesgo de daño sea prácticamente inevitable, en cuyo caso la dificultad residirá en valorar el daño futuro. La responsabilidad civil en este supuesto debería materializarse en la adopción de medidas previas, lo que obligaría, en primer lugar, a detener la actividad dañina y, en segundo término, a retirar —en lo posible— las sustancias contaminantes. Dependiendo de la eficacia de esta última acción, a compensar el costo de reparación del daño probable.

(b) Que el daño sea intolerable

Si el daño es insignificante o tolerable, de acuerdo con las condiciones del lugar, no surgirá la responsabilidad, y por tanto, no estamos en rigor ante un daño ambiental resarcible. Esta es la solución que acoge expresamente la propuesta modificada de Directiva Europea relativa a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por residuos, el Convenio del Consejo de Europa sobre la responsabilidad civil por los daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente y la Ley Alemana sobre responsabilidad medioambiental, y que es razonable sustentar también en nuestro Derecho.

Los estándares de calidad son mecanismos utilizados para determinar la relevancia y tolerancia del daño. Se pueden tomar diferentes criterios, tales como los efectos del daño sobre un determinado número o tipos de organismos afectados, la naturaleza del lugar, entre otros.

La labor de establecer estos estándares no es nada desdeñable, pues ellos deberán considerar la complejidad de los efectos del daño, sobre todo los efectos futuros a corto y largo plazo. Además, atendiendo a un enfoque preventivo, deberían prever la potencialidad del daño. El problema consistirá en determinar en esos supuestos qué se entiende como un nivel de riesgo aceptable.

(c) Exigencia del daño personal

Este requisito determina los alcances de la legitimación activa, constituyendo uno de los problemas más complejos de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente.

Aunque en general no se presentan mayores inconvenientes cuando el daño ambiental es indirecto, por implicar el perjuicio de un sujeto concreto en su persona o sus bienes, sí ofrece serios inconvenientes cuando se trata de un daño ambiental puro, pues este afecta a la colectividad en general.

Actualmente el daño colectivo no encuentra cabida por falta de legitimación activa para solicitar la indemnización, es decir, que se exige la existencia real de un daño sufrido en el patrimonio del que reclama para que pueda proceder la acción de resarcimiento.

Continúa indicando Gomís Catalá,[1634] que dentro de los daños personales, estos pueden ser tanto materiales o patrimoniales, como morales.

Como el daño ecológico puro no suele ser cierto ni personal, en la práctica se fuerza a la humanización del daño ecológico mediante la búsqueda de cualquier elemento que atente a la esfera privada, con el propósito de conseguir su ansiada reparación en el ámbito civil.

[1634] Gomís Catalá, Lucía. *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

Por otra parte, cuando esa aproximación resulta imposible, tan solo se podrá conseguir, desde el Derecho Público, la responsabilidad del daño ecológico cuando se superen obstáculos como la determinación legal de la legitimidad activa para denunciar el daño, la prueba del nexo causal o la evaluación del daño ecológico.

Negar la especificidad del concepto del daño al medio ambiente, considerado en su doble acepción, y aplicar con todo rigor el mecanismo clásico de responsabilidad civil, es tanto como negar su reparación. Así, resulta necesario construir un modelo de responsabilidad que tome en cuenta las particularidades señaladas, de modo que la institución logre cumplir tanto con su función preventiva como con la reparadora.

Ahora bien, antes de concluir este punto y siguiendo el esquema esbozado por Enrique Carlos Müller,[1635] podemos decir que el daño ambiental, posible o cierto, esto es, potencial o actual, peligro o lesión, se puede configurar en tres órdenes o categorías; a saber:

(a) Destrucción o deterioro de los factores físicos-naturales de una determinada especie, a través de procedimientos mecánicos empleados para reemplazar las condiciones naturales del ambiente (desplazamiento de la vegetación, destrucción de la cubierta vegetal y del suelo, los macizos boscosos, del hábitat natural de diferentes especies).

(b) Degradación o contaminación de los elementos biológicos de determinados ecosistemas naturales, por la introducción del ciclo ecológico de sustancias químicas de alta toxicidad, o de materiales sintéticos o de gases resultantes de procesos industriales, que descomponen y liberan diferentes componentes nocivos, tanto para el equilibrio natural, como para la salud y bienestar de la población. Es lo que se denomina polución o contaminación.

(c) La degradación del espacio social tanto urbano como rural, la acumulación de basuras, desperdicios y deshechos sólidos no biodegradables, el abandono de elementos malolientes así como la producción incontrolada de ruidos y vibraciones, que por su intensidad alteran las condiciones mínimas para el buen funcionamiento de la vida social y ocasionan daños a la salud de la población.

[1635] Müller, Enrique Carlos. «Responsabilidad por daño ecológico y contaminación». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 438.

Esta categorización es útil, pero no absoluta. Debemos tener presente lo difícil que resulta intentar nominar todas aquellas situaciones que pueden dar origen al denominado daño ambiental. Así, aquel también se configura cuando en vez de preservar se destruye el patrimonio histórico, cultural y artístico, o cuando se destruye el paisaje o cuando con la comercialización de productos contaminantes se lesionan ámbitos urbanos, rurales o domésticos.

27.35.2. Fundamento de la responsabilidad

Si bien consideramos que la responsabilidad subjetiva puede resultar útil en determinadas circunstancias para exigir la responsabilidad por daños medioambientales, en virtud de que el incumplimiento de la normatividad ambiental es muy frecuente, también sabemos que ello resulta insuficiente.

El hecho de que la propia normativa ambiental es aún muy joven y no se conocen los parámetros de los daños que cada una de las actividades puede ocasionar, la aplicación de la responsabilidad subjetiva puede dejar muchos daños sin ser reparados.

En numerosas ocasiones una persona física o jurídica puede estar cumpliendo con las disposiciones legales, contar con todas las autorizaciones necesarias, actuar sin culpa y sin dolo, y aun así generar graves daños al medio ambiente. El que una empresa determinada cumpla con las normas legales no debe eximirla de la reparación del daño, ya que el bien jurídico que se está tutelando es el medio ambiente.

Admitiendo que la expresión «daño ecológico» o «daño ambiental» comprende a la vez todo daño sufrido por el medio natural y los perjuicios derivados de la polución, contaminación o destrucción del medio ambiente, así como los perjuicios derivados sobre las personas y los bienes, es necesario establecer el fundamento jurídico de esta responsabilidad por el daño particular, la misma que comporta el reconocimiento del derecho subjetivo del damnificado a obtener del responsable la reparación del perjuicio.

La doctrina y la jurisprudencia de nuestra tradición jurídica han ido evolucionando y los fallos judiciales han marcado claramente el camino hacia la responsabilidad objetiva en materia de daño ambiental, así como la necesidad de crear normas específicas.

Existe conciencia de que los daños no son producto —en su gran mayoría— de un actuar culposo o negligente (menos aún doloso) del sujeto, sino de actuaciones fácticas de riesgo, que independientemente de la conducta del agente, desarrollan lesiones en el patrimonio ambiental del sujeto pasivo.

A decir de Ramón Martín Mateo:[1636]

> La responsabilidad por daños ambientales tiende —progresivamente— a asumir el riesgo sin más, aunque la imputación culpable individualizada supone un progreso, frente a la antigua responsabilidad tribal, incluyendo con ello un estimable componente moral; es cierto que la introducción del riesgo en la civilización industrial actual, hace que se presione sensiblemente hacia la responsabilidad de quienes crean este tipo de situaciones en su propio beneficio, por lo que pese a que los Códigos Civiles siguen apegados a la idea de la culpa o negligencia, los tribunales de justicia recurren a múltiples matices y subterfugios en su comprensible afán de proteger a quienes sufren daños de ajena procedencia.

[1636] Mateo, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental. Op. cit.*, vol. I, p. 169.

La objetividad de la responsabilidad civil tiene un campo extraordinariamente propicio en las relaciones reguladas por el Derecho Ambiental, en cuanto que —efectivamente— buena parte de los daños causados al perturbarse los elementos ambientales, tienen carácter ocasional y son producto de fallas en los dispositivos técnicos de control. Aquí también la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén este tipo de responsabilidad, tratándose, por ejemplo, de la contaminación de las aguas o de los riesgos nucleares.

Siguiendo con lo reseñado en el Libro Verde, podemos decir que resulta fundamental determinar el campo de aplicación del sistema de responsabilidad civil ambiental objetiva, lo cual no resulta fácil debido a diversos motivos, a saber:[1637]

- Por un lado, los responsables potenciales necesitan saber cuánto pueden llegar a pagar en caso de que ocasionen un daño.
- Si se trata de un sistema con un campo de aplicación demasiado amplio, podría llegar a considerarse en extremo oneroso para los sectores implicados, convirtiéndose en un freno a la inversión en la industria.

[1637] Campos Díaz Barriga, Mercedes. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 90.

- Si, por el contrario, fuera muy limitado, dejaría abiertas ciertas actividades y, por ende, el reparto de los costos de restauración no sería adecuado.

- No resulta sencillo determinar las actividades y procedimientos que el sistema debe regular.

Advirtiendo ese panorama, el Libro Verde sugiere que para tomar la decisión de si se debe o no aplicar la responsabilidad objetiva a un sector o actividad concreta, deben tenerse en cuenta —al menos— los siguientes aspectos:

(a) El tipo de riesgo de la actividad.

(b) La probabilidad de que la actividad provoque un daño y la posible magnitud de ese daño.

(c) El incentivo que otorga la responsabilidad objetiva para una mejor gestión de los riesgos y la prevención de los daños.

(d) La viabilidad y los costos de la restauración del daño que probablemente ocurrirá.

(e) La posible carga económica de la responsabilidad objetiva sobre ese sector económico.

(f) La necesidad y posibilidad de aseguramiento.

El ordenamiento jurídico peruano —al no otorgar tratamiento legislativo específico al tema de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente— impone la necesidad de recurrir a normas y principios generales de dicha institución, los cuales, sin embargo, al sustentarse en teorías tradicionales, no toman en cuenta las nuevas condiciones que ofrecen estos supuestos de hecho, llegando a soluciones muchas veces ineficientes e injustas.

Dentro de este orden de ideas, si bien no encontramos razones para suponer que el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no se aplica a la responsabilidad ambiental, tal situación no nos parece del todo adecuada. Ello, en tanto —tal y como hemos subrayado anteriormente— ese sistema tiene como característica o presupuesto la antijuridicidad de la conducta dañina, vale decir, la existencia de una conducta contraria a Derecho; y —en la realidad— los daños ambientales no necesitan de aquel presupuesto para su configuración.

En tal sentido, coincidimos con Enrique Ferrando Gamarra,[1638] al considerar que el sistema de responsabilidad por riesgo creado tiene, en relación al daño ambiental, muchas ventajas, de las cuales carece el sistema subjetivo, circunstancia que lo hace más idóneo y justo para resolver los complejos problemas que se pueden configurar.

Entre las razones que legitiman al sistema de responsabilidad por riesgo creado, se encuentra la mejor aptitud que tiene el que crea el riesgo o peligro de asumir el costo económico del perjuicio y la mayor eficiencia económica de esa solución en torno a otras, dados sus bajos costos de transacción.

27.35.3. Relación de causalidad

Tal como expresan R. Huerta y C. Huerta:[1639]

> El daño ecológico puede ser consecuencia de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio. Si el daño es consecuencia

---

[1638] Ferrando Gamarra, Enrique. «Responsabilidad civil por daño ambiental». En: *Responsabilidad por el daño ambiental en el Perú*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2000, Lima, p. 20.

[1639] Huerta Huerta, R. y C. Huerta Iznar de la Fuente. *Tratado de Derecho Ambiental*. Barcelona: Bosch, 2000, tomo II, p. 1109.

del efecto acumulativo de las actividades de varios agentes, resulta en extremo complicado determinar cuál de todas ellas es la causante del daño concreto.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de las emisiones a la atmósfera que provocan la lluvia ácida. A veces, por otro lado, ninguno de los actos individualmente considerado provoca un daño resarcible. Es el caso de los daños que son resultado de la acumulación de varios tipos de contaminación. En tales supuestos, resulta difícil atribuir el daño a la actuación o la responsabilidad a alguien en concreto, razón por cual es necesario estudiar mecanismos colectivos a fin de compartir la responsabilidad de los costos de la reparación.

Con estos ejemplos se puede observar que la relación de causalidad plantea serios problemas. Así, muchas veces resulta difícil, sino imposible, establecer el nexo causal si el daño es consecuencia de las actividades de distintos sujetos, o si el daño se manifiesta después de cierto tiempo, o si existen dudas científicas que le puedan servir al agente para refutar las pruebas de causalidad que presente el perjudicado.

Como indica Gomís Catalá,[1640] si a ello le sumamos que gran parte de los daños ambientales son sobre todo civiles (se trata de daños indirectos —en cuanto no son el producto inmediato del acto ilícito—), llegamos a la conclusión de que hay ciertos sectores de la actividad humana en los cuales un férreo mantenimiento del principio en virtud del cual la víctima de un daño debe probar la relación de causalidad entre la acción del demandado y el daño resultante, justifica serias reservas, si no rechazos.

Por ende, con el objetivo de garantizar la reparación del daño ambiental, los ordenamientos jurídicos y, en especial, las resoluciones de

[1640] Gomís Catalá, Lucía. *Op. cit.*, pp. 161 y 162.

los tribunales, ofrecen nuevas respuestas fundadas en la simple probabilidad, llegando —incluso— a invertir la carga de la prueba mediante el establecimiento de presunciones, lo que en ocasiones puede llegar a suponer la práctica desaparición de la necesidad de causalidad, principio elemental de todo sistema de responsabilidad.

A entender de Oscar Amaya,[1641] tanto la solidaridad de las acciones y omisiones, como la razonabilidad convincente de los hechos, son los únicos elementos que pueden permitir la existencia de la certeza causal, que conlleven que un daño imputado a una persona sea jurídico y que permita su reparación.

El Convenio del Consejo de Europa Sobre Responsabilidad Civil por Daños que resulten de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente —luego de reconocer en su preámbulo la necesidad de facilitar la carga de la prueba a las personas que demanden la reparación de dichos daños— respalda como solución la teoría de las probabilidades. Así, en su artículo 10 exhorta la juez para que, si no se establece una relación de causalidad, sea menos exigente a la hora de evaluar el nexo de causalidad, cuando la actividad sospechosa sea potencialmente peligrosa.

De Ángel[1642] respalda este mecanismo, sosteniendo que el juez puede contentarse con la probabilidad cuando sea imposible esperar certeza o exactitud. Afirma que en esos casos bastará un «grado suficiente de probabilidad», el mismo que en ocasiones será cercano a la

[1641] Amaya, Oscar. «Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente en Colombia». Congreso Venezolano de Derecho Ambiental. Mecanismos y Medidas Jurídicas en Defensa del Ambiente, Camino a la Cumbre Sobre Desarrollo Sostenible 2002. En: http://www.vitalis.net/Ponencia%207%20VIIICongreso.htm

[1642] Citado por Huerta Huerta, R. y C. Huerta Iznar De La Fuente. *Op. cit.*, tomo II, pp. 113 y 114.

certeza, o hasta en otros casos será «alta probabilidad» o será suficiente contar con una probabilidad de más del cincuenta por ciento.

La misma Convención, a fin de facilitar la prueba, reconoce en sus artículos 14 y 16 que toda persona tiene derecho para acceder a la información que se encuentre en poder de las autoridades públicas o de las organizaciones que ostenten responsabilidad en materia ambiental. Además reconocen a la víctima de un daño el derecho a demandar al tribunal a que ordene al explotador que suministre información específica para, así, poder obtener el derecho a la reparación. Este derecho a la información comporta numerosos límites, que aluden a los secretos de los negocios, a la defensa nacional y a la seguridad pública, en relación con los datos que se hallen en poder de la autoridad pública y de los tribunales de justicia.

Patti,[1643] por otro lado, destaca que el problema de la prueba respecto a la relación de causalidad ha sido muy estudiado gracias a la evolución de la jurisprudencia: inversión de la carga de la prueba, cuya utilidad parece evidente en materia de resarcimiento del daño ambiental. Por consiguiente, indica que en cuanto concierne al nexo de causalidad, ninguna carga probatoria debería ser prevista a cargo del perjudicado, si bien el demandado tiene la posibilidad de suministrar una prueba liberatoria.

Indican R. Huerta y C. Huerta que la jurisprudencia española ha optado por no escoger una única teoría, evaluando cada caso concreto. Esta postura, que no sigue una teoría uniforme de causalidad, si bien puede parecer acertada —si tenemos en cuenta la generalidad de soluciones justas a las que se podría llegar— presenta también el riesgo de ofrecer respuestas caprichosas y, en ocasiones, dispares ante casos similares.

[1643] Citado por Huerta Huerta, R. y C. Huerta Iznar De La Fuente. *Op. cit.*, tomo II, p. 1112.

27.35.4. Identificación del responsable y legitimación para accionar

Coincide la doctrina en señalar que una vez superada la dificultad de la prueba del nexo causal es necesario afrontar otro obstáculo, a saber, la identificación del responsable, lo que supondrá la imputación de responsabilidad a uno de los posibles sujetos relacionados con el resultado dañoso. Se trata de canalizar la responsabilidad en un solo sujeto determinado en función de la actividad de riesgo de que se trate.

La canalización es estricta cuando la responsabilidad se concentra en una sola persona, esto es, en quien tiene el control absoluto de la actividad riesgosa. Además de ese sistema se encuentra el de la canalización múltiple que se configura cuando todas las partes potencialmente responsables pueden ser imputadas, lo que si bien brinda mayores garantías a las víctimas, desnaturaliza el mecanismo de canalización y las ventajas que otorga.

A través del mecanismo de la canalización es posible alcanzar numerosas ventajas, como lo demuestra la doctrina y legislación comparada. Así, dicho mecanismo estimula la internalización de costos por parte de la persona que tiene el control de la actividad de riesgo, lo que fomenta la aplicación del principio «quien contamina, paga». Como efecto de lo anterior se sigue que el aspecto preventivo de la responsabilidad civil es promovido, al igual que la utilización de garantías e instrumentos como el seguro. Además, simplifica los procesos judiciales de responsabilidad, brindando mayor certeza y economía procesal.

> Para proceder a la canalización de la responsabilidad será necesario previamente que la víctima supere «*the paramount obstacle*» que supone la prueba del nexo causal entre la acción del demandado y el daño resul-

> tante, habida cuenta de las características específicas del daño al medio ambiente y de la complejidad de sus efectos, situación esta última que puede verse agravada cuando concurren los siguientes factores: la distancia entre la instalación contaminante y la zona afectada; la multiplicidad de fuentes de emisión (contaminación crónica o por sinergia); el tiempo transcurrido entre el origen del daño y su manifestación (daños históricos o daños originados en el pasado); y, por último, la duda científica que de forma constante amenaza toda prueba de causalidad.[1644]

La mayoría de legislaciones, entendiendo la especial naturaleza de los daños ambientales, así como la relevancia de sus efectos, suelen optar por la aplicación de la responsabilidad solidaria en aquellos casos en que se determine la existencia de más de un responsable. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos prevén, junto a esta medida, la posibilidad de que el sujeto imputado demuestre cuál es su cuota de responsabilidad, desvaneciendo en esos supuestos la solidaridad.

Junto con la determinación del responsable surge una dificultad más: la determinación del o de los sujetos legitimados para accionar. En estos casos, la clásica regla de la legitimación individual resulta insuficiente e ineficiente siendo solo aplicable a los supuestos en que los daños ambientales sean indirectos y, por ende, afecten la salud o los bienes de personas determinadas. No obstante, aquellos supuestos constituyen una proporción mínima del universo de daños ambientales que se configuran día a día.

Siguiendo a Lucía Gomís, podemos afirmar que la legitimación individual, en virtud de la cual podrá reclamar un daño aquel que lo ha sufrido —basada en la dicotomía entre lo público y lo privado— se viene abajo en el ámbito de la protección al medio ambiente. Re-

[1644] Gomís Catalá, Lucía. *Op. cit.*, p. 309.

fiere que una nueva categoría de intereses, de la cual es titular la colectividad, reclama la combinación de medios tutelares públicos y colectivos capaces de garantizar la defensa del interés colectivo al medio ambiente.[1645]

En este orden de ideas, la concepción tradicional respecto a que los únicos legitimados para exigir responsabilidades civiles son aquellos que han sufrido un perjuicio material directo por la agresión ecológica, está llamada a ser superada.

A decir de Hernández Díaz-Ambrona:[1646]

> Como enseña el tratadista belga François Ost, la reparación de los daños medioambientales constituye un terreno delicado de enfrentamiento entre la lógica jurídica y la lógica ecológica. La ecología no conoce fronteras. El derecho en cambio, aparece encorsetado, sujeto a criterios fijos y dividiendo la realidad en secciones.

Por el momento, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta adecuada, limitándose a las normas generales de responsabilidad civil extracontractual, que —a lo sumo— permiten absolver los supuestos de daños ambientales indirectos, brindando soluciones que de manera general podemos calificar como ineficientes.

Esta breve reseña permite que nos percatemos de que la evolución se impone y de que, por lo tanto, las teorías tradicionales ancladas en la calificación fáctica de la causa, deben dar paso a nuevas teorías que tomen en cuenta la probabilidad de la causa, al constituir, normalmente, la única certeza sobre la materia. Debemos tomar en consideración las particularidades propias de los daños ambientales que

[1645] Gomís Catalá, Lucía. *Op. cit.*, p. 311.

[1646] Hernández Díaz-Ambrona, Luis Romualdo. «Responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente». En: *Cuestiones sobre responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 128.

cuestionan las bases de la responsabilidad civil desde su concepción tradicional.

27.35.5. A modo de conclusión

El Libro Blanco Sobre Responsabilidad Civil Ambiental resalta que uno de los medios para lograr la adopción de una actitud más precavida que permita evitar los daños al medio ambiente es declarar legalmente responsables a quienes llevan a cabo las actividades que pueden causarlos. De este modo, cuando la actividad en cuestión acaba provocando daños, es la parte que ejerce el control (el operador —que es el auténtico contaminador—) quien ha de asumir el costo de la restauración.

No obstante, se puede inferir que de la manera en que el tema es tratado en la actualidad, no todas las formas de daño ambiental son susceptibles de remediarse a través de un régimen de responsabilidad. Así, para que este sea efectivo:[1647]

- Tiene que haber uno o más actores identificables;
- El daño tiene que ser concreto y cuantificable; y
- Se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores.

Por tanto, el régimen de responsabilidad se puede aplicar, por ejemplo, en los casos en que el daño haya sido provocado por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes identificables.

[1647] Libro Blanco sobre Responsabilidad Civil Ambiental.

Por el contrario, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para los casos de contaminación generalizada, de carácter difuso, en los cuales resulta imposible vincular los efectos negativos sobre el medio ambiente con las actividades de determinados agentes.

Hoy existe consenso en reconocer que son cuatro las causas principales por las cuales es tan difícil y complejo obtener la reparación del daño ambiental; a saber:

- La dificultad para determinar los sujetos que causan el daño, es decir, los legitimados pasivos sobre los cuales recaerá la obligación de reparación.
- La dificultad de determinar a los legitimados activos, en lo que se refiere a los daños ambientales directos, es decir, a los daños ambientales en sentido estricto.
- El problema que representa probar la relación causal entre el acto que provocó el daño y el daño mismo, lo cual se traduce en facilitar al causante del daño que evada su responsabilidad. Esta dificultad obedece al desconocimiento científico sobre las causas de algunos fenómenos, así como a que la demostración supone pericias largas y costosas, en razón del tiempo o del espacio que separan la actividad degradante del atentado sufrido.
- La dificultad para el causante del daño de indemnizar los daños causados, pues en la gran mayoría de casos son altamente costosos.

En otras palabras, la especialización del daño ambiental plantea una serie de interrogantes cuya respuesta es difícil de determinar, como es el caso de quién va a reparar el daño; quién puede exigir la reparación del daño; cómo se va a reparar el daño; cuánto va a reparar; qué se va a reparar. Esta última pregunta —por ejemplo— plantea, a su vez, la dificultad que implica la identificación del daño, esto

es, la determinación de su existencia, de su ámbito, y de su fuente de origen.

Todas estas interrogantes no nos deben conducir a rechazar la responsabilidad civil como un mecanismo de tutela del medio ambiente, sino, más bien, nos deben hacer tomar conciencia de que los nuevos tiempos imponen la necesidad de reconstruir la responsabilidad civil de acuerdo a las exigencias que presenta la realidad.

Los regímenes de responsabilidad vigentes, como hemos comprobado en este Capítulo, no bastan para paliar los problemas que su estudio ha puesto de manifiesto.

La responsabilidad se atribuye —generalmente— con arreglo al principio según el cual la reparación de un daño compete a quien lo ha provocado. No obstante, para ser considerado responsable, suele ser preciso establecer una relación causal entre el hecho y el daño, lo cual con frecuencia resulta casi imposible para las víctimas de un daño, si el hecho y el efecto distan en el tiempo y si no se dispone de datos de ensayo adecuados sobre los efectos de las sustancias.[1648]

El régimen que se propone no puede limitarse a los daños causados a las personas y a los bienes y a la contaminación de lugares, sino que también se ha de aplicar en los casos de deterioro de la naturaleza, en particular cuando se trate de recursos naturales importantes desde el punto de vista de la conservación de la diversidad biológica de la Comunidad (o, lo que es lo mismo, cuando se vean afectadas las zonas y especies protegidas en el marco de la Red Natura 2000).

La responsabilidad por los daños provocados a la naturaleza constituye una condición *sine qua non* para lograr que los agentes económicos asuman las repercusiones negativas que pueden derivarse de sus

[1648] Libro Blanco sobre Responsabilidad Civil Ambiental.

actividades para el propio medio ambiente. Hasta la fecha, los operadores parecen experimentar ese sentimiento de responsabilidad de cara a la salud o a la propiedad ajenas (aspectos para los cuales ya existen diversas formas de responsabilidad ambiental de alcance nacional), pero no en relación con el medio ambiente.

De hecho, suelen considerar el medio ambiente como un «bien público» del que tiene que hacerse responsable el conjunto de la sociedad, en lugar de hacerlo el causante de los daños que haya infligido.

No cabe duda de que la aplicación de un régimen de responsabilidad permitirá crear una conciencia de que también los individuos han de responder de las consecuencias que puedan tener sus actos para el entorno natural. Una vez logrado, este cambio de actitud debería traer consigo mayores niveles de prevención y precaución.

Se impone en ese sentido, la necesidad de reconstruir la entera estructura de la responsabilidad civil, de manera tal que sea adecuada para atender a la nueva función de tutela de los intereses colectivos y difusos.

Dentro de este esquema, la figura del seguro obligatorio se constituye en otro instrumento de gran utilidad e importancia. Los responsables de las industrias con actividades que supongan algún riesgo ambiental deberían suscribir un seguro obligatorio de responsabilidad civil objetiva, que —como mínimo— asuma el posible costo de la reparación de los daños producidos al medio natural a consecuencia de emisiones o vertidos producidos accidentalmente.

Por último, debemos destacar que un sistema de responsabilidad civil estructurado en función de las características esenciales de los daños ambientales debe procurar la reparación *in natura* que desde el punto de vista ecológico se presenta como la única razonable.

A diferencia de los daños corporales o contra la propiedad, los daños ambientales no pueden abordarse única y exclusivamente desde

una óptica económica, pues lo relevante en estos casos es la restitución del bien dañado al estado en que se encontraba antes de sufrir la agresión.

27.36. La responsabilidad de los profesionales

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

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

Como advierte un sector de la doctrina argentina,[1649] el concepto de «profesión» es equívoco, es decir que se presta a más de un significado.

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

[1649] Véase Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. «Responsabilidad por el ejercicio profesional». Ponencia presentada al Segundo Encuentro de Abogados Civilistas, realizado en Santa Fe entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1988. Publicada en la obra de los mismos autores titulada *Derecho de Daños y otros Estudios*, pp. 251-257.

Los citados profesores también señalan que, correlativamente, se ha discriminado entre oficio y profesión en el origen mismo de la teoría de las obligaciones de medios y de resultados, planteada por Demogue en 1925, aunque en la primera categoría se incluye al profesional de la arquitectura —en distinción, por demás inútil y confusa, que nos hemos encargado de criticar a profundidad en tiempo oportuno—.

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

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

El tema de la responsabilidad de los profesionales, por otra parte, asienta su estructura en la distinción de las obligaciones de medios y de resultados, tal como lo acredita largamente, en América Latina, el desarrollo del Derecho Argentino.[1650]

[1650] Ello puede ser constatado en el trabajo titulado *Responsabilidad Profesional: El Experto frente al Profano*, de los profesores Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana, elaborado sobre la base de la ponencia presentada a las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas entre el 24 y el 26 de agosto de 1989; y publicada en la obra de los mismos profesores titulada *Derecho de Daños y otros Estudios*, pp. 303-312.
La efervescencia del tema en Argentina puede ser apreciada de la relación de congresos de Derecho en los que se abordó la materia, consignada por los citados profesores en el mencionado trabajo, cuando señalan lo siguiente:
«Ello ha motorizado a nuestra doctrina. En el último año la determinación del concepto fue abordada por cuatro encuentros jurídicos: el '2do. Encuentro de Abogados Civilistas', llevado a cabo en Santa Fe (Provincia de Santa Fe), del 30 de junio al 2 de julio de 1988; las 1ras. Jornadas de Estudiantes y Jóvenes Abogados sobre temas de Dere-

cho Civil, que tuvieron lugar en la Universidad Nacional de Rosario (Provincia de Santa Fe) los días 6 y 7 de octubre de 1988; las 1ras. Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, organizadas por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires) entre el 24 y 26 de noviembre de 1988; y las 5tas. Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil' desarrolladas en San Isidro (Provincia de Buenos Aires) los días 15 al 17 de junio de 1989. A principios de la década el cometido había sido asumido por las 1ras. Jornadas Provinciales de Derecho Civil, realizadas en Mercedes (Provincia de Buenos Aires) del 6 al 8 de agosto de 1981 (Jornadas que adoptaron una concepción restringida, más bien aplicable a la calidad de profesional liberal, apoyada en tres soportes: La importancia o trascendencia de la actividad; su dependencia de una habilitación conforme a la ley; y que está o debería estar reglamentada).

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

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

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

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

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

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

A decir de Alterini y López Cabana, se ha afirmado que el carácter a menudo fluctuante e incierto del concepto de profesional, como dice Geneviève Viney, determina que «no puede ser fijada de manera definitiva más que por intervención del legislador». Pero, en criterio que no compartimos, los citados profesores argentinos expresan que la realidad impone con la premura de sus urgencias, encontrar soluciones.

La Real Academia Española,[1651] con respecto a la palabra «profesional», en su segundo significado, señala lo siguiente: «dícese de la

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

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

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

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

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

Los colegios tienen funciones importantísimas que asumir —ya que muchos de ellos no lo han hecho aún, a pesar de los años y las experiencias transcurridas—, entre otras la de afianzar la 'capacitación profesional', que debe ser constante, progresiva, en función de las especialidades y el avance tecnológico (incluso con injerencia directa en las universidades).

Otras de las metas y responsabilidades de los colegios, es la 'asistencia profesional a carentes de recursos', ejerciendo así una verdadera función social de prevención.

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

[1651] *Real Academia de La Lengua Española. Op. cit.*, tomo II, p. 1108.

persona que ejerce una profesión»; en tanto su tercer significado es «dícese de quien practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive»; mientras que en su quinto y último significado se trata de la «persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación».

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

Por su parte, Guillermo Cabanellas[1652] expresa que, como sustantivo, «profesional» es quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos. En su segundo significado indica a la prostituta; en tanto que por antonomasia laboral, es el que ejerce una profesión liberal (aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan solo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales, como las del cirujano, y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos).

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

[1652] Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VI, p. 448.

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

En torno al significado de la palabra «profesión», Cabanellas[1653] señala que es el ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte; en tanto que también es la ocupación principal de una persona.

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

Manifiesta que la profesión, que en definición de Durand y Joaussaud es la comunidad resultante del ejercicio habitual de un trabajo, ha constituido en el antiguo Derecho el marco esencial de la organización corporativa. Recuerda que los citados autores presentan los caracteres de aquella en el sentido que la profesión constituye una comunidad económica (todas las empresas pertenecientes a una misma profesión forman parte de un mismo medio); además de que la profesión configura una comunidad técnica, desde el punto de vista patronal, en razón de los procedimientos de fabricación empleados, pero también desde el punto de vista de los trabajadores, por exigir

[1653] *Ibidem*, p. 447.

cada profesión conocimientos propios; y agregan, finalmente, que la profesión se caracteriza por particularidades sociales, como es el caso de los mineros, los metalúrgicos o los obreros campesinos; siendo así que cada uno de esos grupos profesionales posee sus tradiciones, su psicología y sus aspiraciones.

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

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

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

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

27.36.1. El supuesto requisito de haber seguido estudios superiores

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

Decimos esto, porque si bien es cierto que tradicionalmente el profesional ha sido asociado con las personas que han optado un título universitario en alguna especialidad tradicional, en los últimos tiempos el desarrollo social y tecnológico ha hecho que prolifere un gran número de especialidades que antes no existía. De esta forma, si

habitualmente se asociaba al profesional con el Médico, con el Abogado, con el Ingeniero Civil o con alguna otra profesión liberal, hoy también se le vincula directamente a un número incalculable de especialidades, como son los Ingenieros de Sistemas, Ingenieros Industriales, Ingenieros Electrónicos, Geógrafos, Biólogos, Químicos, pasando por profesiones muy conocidas y antiguas como Arquitectos, Contadores, Economistas, y otras como Administradores de Empresas, Comunicadores Sociales, Periodistas, Historiadores, Profesores, Bibliotecólogos, Profesionales en Turismo, Profesionales en Hotelería, Diseñadores Gráficos, Diseñadores Industriales, Diseñadores Publicitarios, Publicistas, Especialistas en *Marketing*, y una gama muy grande de carreras que ofrecen las Universidades del Perú (por no mencionar aquellos estudios que no se imparten en nuestro país).

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

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

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

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

Resulta evidente que a pesar de no tratarse de profesiones liberales, quienes concluyen satisfactoriamente sus estudios en estas Escue-

las tienen un título equivalente en jerarquía al de un profesional liberal. Así, un Teniente de Caballería del Ejército del Perú es tan profesional en su especialidad como el Médico Cirujano lo es en la suya o el Abogado en la propia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Incluso podríamos citar como caso ejemplificador el de un especialista en turismo, actividad que ha sido mencionada dentro de aquellas materias que se imparten como carreras universitarias en el Perú; pero no cabe duda de que existen muchos especialistas en el tema que sin haber pasado jamás por un aula universitaria, conocen mucho más sobre el mismo que alguien que sí ha estudiado la carrera

universitaria y que ha obtenido el título de profesional en Turismo. Podría decirse que uno es un profesional y que el otro es un empírico, pero la ley no establece como requisito para ejercer esta actividad el que haya sido cursada en un centro de estudios, sea del nivel que fuere.

Por otra parte, en una sociedad como la actual, donde las actividades de todas las personas tienen una alta interdependencia, las diversas especialidades no deben ser vistas como compartimentos estancos, ya que cada vez se interrelacionan con mayor frecuencia y complementariedad. Prueba de ello es el hecho de que el estudio de las diversas carreras universitarias obligan al alumno a seguir cursos que no son estrictamente de la carrera, pero sin cuyo conocimiento no podrían ejercer adecuadamente la profesión escogida. Ello va desde el hecho de que se imparte instrucción de «Estudios Generales» en muchas Casas de Estudio, hasta que en la propia disciplina se siguen materias complementarias. Por ejemplo, hoy en día un alumno que pretenda ser Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para serlo, tiene que haber cursado asignaturas tales como Matemática, Estadística, Lógica, Contabilidad y Economía, solo por citar las más representativas y, por lo general, ajenas a las preferencias de los estudiantes de Derecho.

27.36.2. El supuesto requisito de la colegiatura

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante ello, ese tampoco es un criterio definitivo, pues si bien alguien que ejerza ilegalmente la Medicina podría causar la muerte de una o varias personas (siendo una profesión de colegiatura obligatoria y de ejercicio ilegal perseguido por la Justicia), quien se dedique a la cocina, siendo empírico y no profesional, podría ocasionar la muerte por envenenamiento no solo de una, sino de varias o muchas personas, si, por ejemplo, cometiera una equivocación, empleando como insumo para la preparación de un determinado alimento, no la leche en polvo, sino un poderoso insecticida, como ocurrió en 1999 en una localidad de las afueras del Cusco, muriendo envenenados varias decenas de escolares.

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

27.36.3. El supuesto requisito de la habitualidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

27.36.4. El supuesto requisito de la onerosidad de los servicios

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

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

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

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

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

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

27.36.5. El supuesto requisito de la reglamentación

Según un apreciable sector de la doctrina argentina,[1654] se considera que el ejercicio profesional supone una actividad que está (o debiera estar) reglamentada. Si bien es cierto que esta afirmación reviste validez en cuanto a la mayoría de profesiones tradicionales, existen infi-

[1654] Véase Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Responsabilidad por el Ejercicio Profesional. Op. cit.*, p. 253.

nidad de actividades que no tienen reglamentación alguna, debido a que resultan novedosas, o a que por tratarse de artes u oficios en los cuales la persona incluso puede ser autodidacta (como por ejemplo el caso de un pintor, un escultor o cantante), resultaría imposible pensar en una regulación o reglamentación.

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

27.36.6. El supuesto requisito de la habilitación

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

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

27.36.7. El supuesto requisito de la autonomía técnica

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

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

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

27.36.8. El supuesto requisito de la sumisión a las normas éticas

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

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

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

27.36.9. El supuesto requisito de estar sometido a potestades disciplinarias

Resulta evidente que debido al requisito de la colegiación obligatoria, presente en algunas profesiones liberales, dicha colegiación implica el

sometimiento a potestades disciplinarias, las mismas que pueden ser ejercidas por el poder de policía del Estado.

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

27.36.10. La profesión como supuesto agravante de la responsabilidad civil

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

A favor de esta idea se señalan diversas razones.

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

27.36.10.1. El profesional tiene un nivel de instrucción superior

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

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

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

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

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

Todo esto equivale a decir que —dentro de la perspectiva que venimos asumiendo— cada uno de nosotros es un profesional en lo

que realiza cotidianamente, y, en tal virtud, se nos podrá exigir, con igualdad de condiciones, similar diligencia que aquella susceptible de exigírsele a las demás personas en los respectivos campos o esferas en donde desarrollan sus actividades.

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

27.36.10.2. El profesional tiene deberes especiales para con la sociedad

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

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

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

En primer lugar, dentro del concepto que venimos empleando, prácticamente todos los integrantes de una sociedad serían profesionales o especialistas en algo (por más o menos sofisticado que ello sea y por mayor o menor que fuere la instrucción recibida). Pero si por un momento asumiésemos la posición de comprender dentro del concepto de profesional únicamente a la persona que ha obtenido

una profesión en una Universidad o equivalente (vale decir, el concepto restringido que rechazamos), el hecho de haber estudiado una profesión en sentido estricto no significa necesariamente que la sociedad peruana haya contribuido de manera decisiva a dicha formación, ni mucho menos que el profesional de quien estamos hablando haya sido educado con recursos del Estado.

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

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

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

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

Por otro lado, también podríamos estar hablando de una persona de muy modestos recursos y de procedencia humilde, que haya trabajado desde pequeño, de modo tal de haber compatibilizado sus estudios y su trabajo. Bien podría haber ocurrido que esta persona pagara sus estudios con el dinero obtenido en su trabajo.

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

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

Si aplicásemos a la responsabilidad civil ese criterio de mal entendida gratitud, podríamos llegar al absurdo de que el personaje del primero de nuestros ejemplos debería tener una responsabilidad mucho mayor que la del personaje del último de ellos, pues el primero

debe casi todo lo que es o tiene al Estado peruano y a la sociedad peruana, en tanto que el último, al no deberles nada, tendría que ser considerado con una responsabilidad más benigna.

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

27.36.11. A modo de conclusión

Nuestro cuestionamiento sobre la autonomía de la responsabilidad profesional no resulta novedoso, pues ya en 1897 el profesor italiano G.P. Chironi[1655] señalaba que con la teoría que él proponía para el estudio del tema y las aplicaciones que la esclarecen, se demostraba que la impericia y el error profesional no son modos especiales de culpa, sino que entran en los conceptos generales fijados en materia de comportamiento ilícito. Agregaba Chironi que según el criterio mensurador dado, a veces lo que es impericia o poca pericia respecto de un médico, que se encuentra en otra condición y estado que el agente, puede no ser culpa; pero esto no depende de particular consideración de la impericia o del error profesional, sino del modo de medir y graduar la culpa en general.

Comparten el parecer de Chironi diversos profesores contemporáneos, como es el caso de Cazeaux y Trigo Represas.[1656]

[1655] Chironi, G.P. *La Culpa en el Derecho Civil Moderno. Culpa Extra-Contractual.* Traducida de la segunda edición italiana por De Quiroz, C. Bernaldo. Madrid: Hijos de Reus, Editores, tomo primero, 1904, p. 164.

[1656] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.* tomo II, p. 595.

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

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

> Me comprometí con los editores de esta revista (se refiere a la *Revista del Magíster en Derecho Civil* de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que dirige nuestro común amigo el Doctor René Ortiz Caballero) a escribir un ensayo sobre responsabilidad profesional. Pero, después de haber reflexionado un poco, tengo la impresión de que la responsabilidad profesional no existe.
>
> Ahora bien, dado que esa afirmación requiere ser explicada, voy a insistir en el tema. Por tanto, voy a escribir sobre algo que creo que no existe; lo cual resulta un tanto difícil, porque es como pedirle que haga un estudio sobre los fantasmas a quien no cree en la inmortalidad del alma.
>
> Decir que no existe la responsabilidad profesional no significa que los profesionales sean unos irresponsables; no pretendo sostener que los profesionales no tienen responsabilidad por sus actos. Muy por el contrario, creo que tienen una responsabilidad insoslayable. Sólo que esa responsabilidad que tienen los profesionales no es distinta de la responsabilidad contractual o extracontractual normal. En otras palabras, si bien existe la responsabilidad de los profesionales, el concepto de 'responsabilidad profesional' (que implica una variante de la responsabilidad, distinta de la responsabilidad civil común) no tiene consistencia. Por tanto, los profesionales —si es que esta categoría tiene a su vez sentido dentro del mundo actual— están sometidos en sus actos (o deben estarlo) a las responsabilidades contractual y extracontractual como cualquier otro sujeto jurídico.

Nuestra posición respecto a este tema comparte plenamente los fundamentos esbozados por Fernando de Trazegnies Granda.[1657] No obstante, consideramos que existen diversos matices en la responsabilidad de diversos profesionales, que merecen particular estudio, no para sostener que constituyen áreas distintas en materia de responsabilidad, sino para poderlas entender mejor dentro de la dual responsabilidad civil contractual y extracontractual.

*27.37. La responsabilidad médica**

27.37.1. Introducción

La noción de responsabilidad cambia y se completa conforme evoluciona la civilización, acentuándose como tendencia universal la de agravar la responsabilidad por los actos profesionales.

Dentro de la teoría general de la responsabilidad, uno de los temas que más llama la atención de los juristas, es el de la responsabilidad civil de los profesionales liberales y, en especial, la de los médicos. Aquí la responsabilidad encuentra su fundamento legal en la necesidad social de que todo médico responda por los daños y perjuicios ocasionados, tanto por faltas previsibles como imprevisibles, cometidas en el ejercicio de la profesión. Actualmente, se acepta que el médico pueda cometer daños no justificados y, en consecuencia, ser obligado a responder por ellos mediante una reparación dineraria.

Este tema, que hasta el Siglo XIX e incluso en muchos países hasta bien entrado el Siglo XX, apenas había tenido trascendencia, por admitirse en forma general la irresponsabilidad civil de los médicos,

---

[1657] De Trazegnies Granda, Fernando. «La Evaporación de la Responsabilidad Profesional». *Revista del Magíster en Derecho Civil*, vol. I, 1997, pp. 55-83.

* Agradecemos la valiosísima participación de la señorita Erika Céspedes Suzuki, Médico-Cirujano y estudiante de Derecho en el tema de la Responsabilidad Médica, sin cuya ayuda no hubiésemos podido escribir estas páginas.

ha adquirido en los últimos tiempos una enorme importancia, llegando a ser considerado como la gran *vedette* del derecho de daños.[1658] Es así como ha aumentando considerablemente el número de procesos sobre la materia que se ventilan en los tribunales de justicia, pasando de ser muy excepcionales a ser usuales.

En el Perú, el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público registró en el Distrito Judicial de Lima 47 reconocimientos clínicos por denuncias de Negligencia Médica en el año 1998, 54 atenciones en el año 1999, 43 atenciones en el año 2000 y 39 atenciones en el año 2001,[1659] siendo los especialistas más frecuentemente cuestionados los cirujanos generales.[1660]

En países como los Estados Unidos de América, alrededor del año 1970 se promovían cinco juicios por cada cien médicos y en 1983 la cantidad de procesos ascendió a dieciséis por la misma cantidad de profesionales.[1661]

Es notorio, asimismo, el incremento de los montos reclamados. En el país del norte, las demandas cuyos montos eran en 1970 de aproximadamente US$300,000.00 en promedio, actualmente sobrepasan los US$2,000,000.00.

Muchas de estas demandas se justifican en actuaciones médicas no deseables; sin embargo, a veces ellas encuentran su origen en causas extra médicas.

[1658] Bueres, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, tomo I, p. 44.

[1659] Fuente: Estadística de los servicios prestados por el Instituto de Medicina Legal, Ministerio Público, Gerencia Central de Recursos Económicos, Área informática – División Central de Exámenes Médico Legales (DICEMEL).

[1660] Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. *Derecho Médico I. Aspectos legales del ejercicio médico y su responsabilidad profesional*. Lima: Gráfica Horizonte, 2001, p. 221.

[1661] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, p. 45.

Sin excluir otros motivos, consideramos que el incremento de este tipo de acciones obedece a:[1662]

(a) El aumento de la actividad médica

Tan solo en lo que llamamos Occidente se realizan más de un millón de actos médicos cada día.[1663] La sociedad de personas ha sido sustituida por la sociedad de masas, «el paciente ha sido sustituido por el número de cama», y, en consecuencia, la medicina personalizada se ha convertido en medicina masificada, cuyas características principales son las exigencias burocráticas y la atención en serie sobre la base de análisis, radiografías y estudios a cargo de terceros, que muchas veces abrevian el diálogo entre médico y paciente. Se trabaja en base a «metas» y «productividad» por médico y se olvida, muchas veces, la calidad del tiempo brindado a cada paciente.

El médico de familia ha desaparecido y con él la relación de verdadera amistad, confianza y respeto que hacía impensable una acción de daños por un error de diagnóstico o tratamiento. Aquel paciente que inicia un proceso por responsabilidad médica, no lo hace solamente por la disconformidad con el resultado, sino porque existe en el fondo una falta de compenetración con el médico. La relación médico-paciente se ha deteriorado.

[1662] Esquema tomado de Gisbert Calabuig, Juan A. *Medicina legal y toxicología*. Quinta edición. Barcelona: Masson, 1998, pp. 87 y 88.

[1663] Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) para el año 1992 se contaba con 16,389 médicos a nivel nacional, de los cuales 9,090 se encontraban en Lima (14 médicos por cada 10,000 habitantes en Lima). Mientras que para el año 1996 el número de médicos se incrementó a 24,708, de los cuales 13,141, casi la mitad, se ubicaban en Lima (creciendo el número de médicos a 19 por cada 10,000 habitantes en esta zona) y solo 21 en Apurímac (3 médicos por cada 10,000 habitantes). Sin duda, el número de médicos aumenta en proporción geométrica. Empero, lo preocupante es que la mayor población de médicos tiende a localizarse en la capital, dejando menos protegidas otras áreas de nuestro territorio.

A esto se ha sumado, en nuestro país, la desmedida proliferación de Facultades que forman profesionales en el campo de la salud,[1664] las cuales no garantizan necesariamente una educación eficiente y, sobre todo, humanística, de tal forma que el título habilitante deja de ser garantía suficiente de la aptitud y competencia médica.

(b) El progreso de la ciencia médica, que permite tratar enfermedades que hasta hace poco eran consideradas incurables.

La medicina ha dejado de ser un «arte» para convertirse en ciencia. El avance tecnológico y la utilización de elementos técnicos de alta complejidad, aunados a la especialización y subespecialización, si bien han generado muchos beneficios para la humanidad, han contribuido también a la despersonalización mencionada. La transformación y el avance agigantado de los conocimientos científicos y la alta complejidad de los medios de ayuda diagnóstica, han transformado el servicio personal en un servicio en equipo. De tal forma que la responsabilidad deja de ser individual para convertirse en solidaria.

A su vez, la especialización médica, consecuencia de la existencia de gran número de especialidades, contribuye muchas veces a ver el mundo médico y la salud «a través del ojo de la cerradura», es decir, se descuidan aspectos generales e integrales por dar privilegio a entidades singularmente específicas.

Sin embargo, se hace mal al afirmar que los especialistas ignoran el resto de la medicina. Por el contrario, se entiende que conocen bien la medicina, pero mucho mejor un sector especializado de esta,

[1664] Para el año 1997, 24 universidades peruanas contaban con una Facultad de Medicina Humana y se calculó un total de 14,711 estudiantes de Medicina (Giglio Basto, Cecilia. «Derecho Médico Peruano». Tesis para optar por el grado de Licenciado. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 1999, pp. 356 y 357).

al punto de que resulta lógico que para el tratamiento de una disfunción prostática, por ejemplo, nadie dude en recurrir a un urólogo, en vez de a un médico general.

La práctica nos indica la necesidad de la especialización, de acuerdo al enorme caudal de conocimientos exigidos en cada rama de la medicina y al acelerado avance y complejidad de las técnicas terapéuticas. Esto ha sido reconocido en el Código Internacional de Ética Médica (adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sydney, Australia, agosto de 1968 y la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre de 1983), al mencionar que «... Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia...».

A la especialización se agrega la proliferación de atenciones médicas nacidas de la vinculación con un ente determinado del sector salud, público o privado, que conlleva al desconocimiento tanto del médico por parte del paciente («médico anónimo»), como de este último por parte de aquel («paciente anónimo»).

(c) La divulgación por los medios de comunicación de los problemas médicos y de sus soluciones, casi siempre presentadas con carácter triunfalista, lo que da lugar a que el paciente considere su curación como un derecho; curación, además, completa y rápida, y, por ello, de no lograrse, lo juzgue como un fracaso del médico, por el que este debe responder.

Así también sucede con el afán de algunos medios de comunicación por desprestigiar a la profesión médica, mediante reportajes sensacionalistas y poco profundos —pero muy conmovedores—, que carecen del suficiente conocimiento técnico, y cuya única finalidad es alarmar a la población a través de la manipulación de información.

A la par, en la actualidad se ha revalorizado la vida humana al punto que ya no se habla solamente de salud como integridad física o bienestar, sino de calidad de vida, llegando a definirse la salud como «un estado de bienestar físico, mental y social, con capacidad de funcionamiento y no únicamente la ausencia de afecciones o enfermedades».[1665]

La persona humana aparece realzada y el Derecho cumple una función de protección intensiva para compensar todo daño o molestia inferida injustamente a ella.

De otro lado, los medios de comunicación han contribuido con el flujo acelerado de la información, logrando así que los pacientes tengan perfecto conocimiento de sus deberes y, sobre todo, de sus dere-

[1665] La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, dada en 1946, se refiere a ella como «el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente a la ausencia de afecciones o enfermedades». Esta definición marcó un hito, ya que por primera vez se define a la salud en términos afirmativos o positivos, dejando de lado la percepción de la salud como la ausencia de enfermedades (definición en términos negativos). A su vez, no solo se refiere al área física o corporal, sino que se incluyen, además, las áreas mental y social. Sin embargo, Milton Terris considera que esta definición es muy amplia, ya que equiparar salud con bienestar se acerca más a definir la salud como felicidad. Opina que esta definición es utópica, estática y subjetiva. Utópica, porque no resulta concebible hablar de un bienestar «completo»; estática, porque no considera la capacidad de funcionamiento del ser humano, y subjetiva, porque el malestar (que deviene de la enfermedad) es imposible de medir objetivamente. Además, considera que la salud se encuentra fuertemente influenciada por las condiciones de vida y, por tanto, esta exige la eliminación de la pobreza y además la satisfacción de otras necesidades como la educación y el trabajo, circunstancias que favorecen la autorrealización personal del ser humano.
Somos de la opinión que, además de todo lo antes mencionado, la salud comprende también el proceso de adaptación del hombre a su ambiente, encontrándose aquel en equilibrio inestable con este, debido a factores externos que hacen de la salud un proceso dinámico, cuyo éxito depende de los esfuerzos por responder a los desafíos del medio.

chos. El paciente sabe que es su deber pagar por la atención y, como contrapartida, exigir una atención médica competente y humanizada.

(d) El hedonismo,[1666] actualmente generalizado, que hace rechazar el dolor y el sufrimiento. Si la enfermedad aparece con estas consecuencias, el paciente hace responsable al médico frente al que desarrolla una actitud de oposición.

(e) El importante riesgo que, debido a su complejidad, llevan consigo gran número de actos médicos tanto terapéuticos como diagnósticos.

No obstante, es evidente la necesidad de experimentar nuevas técnicas en seres humanos para favorecer el desarrollo de las ciencias médicas y, en consecuencia, beneficiar a la humanidad, sin olvidar que esta experimentación debe guiarse por las pautas consolidadas en las distintas declaraciones.[1667]

(f) La existencia de reglas hospitalarias, protocolos de atención, muy específicas en algunos casos, que condicionan el funcionamiento de dichos centros anteponiendo el cumplimiento de estas normas a la efectividad y a la atención personalizada del paciente. De tal forma que los protocolos —si bien tienen que ser cumplidos para dotar a la

[1666] La Real Academia de la Lengua Española. (*Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1984, segunda columna, p. 723) define el hedonismo como la «doctrina que proclama como fin supremo de la vida la consecución del placer».

[1667] Código de Nuremberg de 1947 y Declaración de Helsinki sobre Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial en Helsinki, Finlandia, junio de 1964 y enmendada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón, octubre de 1975; 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia, octubre de 1983; 41ª Asamblea Médica Mundial en Hong Kong, septiembre de 1989; 48ª Asamblea General en Somerset West, Sudáfrica, octubre de 1996 y 52ª Asamblea General en Edimburgo, Escocia, octubre de 2000.

atención médica de uniformidad dentro de cada institución— configuran una suerte de trampa para los pacientes y los propios médicos.

(g) El ansia de ganancias fáciles por la vía de la indemnización a la que puede ser condenado el médico como consecuencia de un litigio por responsabilidad profesional, que tendría su perfecta ubicación en la deplorable situación socio-económica por la que atraviesa nuestro país.

Sin embargo, la situación económica de un país no es condición necesaria para que se presente el problema bajo análisis. El ejemplo más notorio lo tenemos en los Estados Unidos de América, la primera potencia económica mundial, que es, precisamente, donde se ha desarrollado con mayor fuerza el volumen de procesos judiciales por responsabilidad civil médica y la astronómica cuantía de los mismos.

La lesión de bienes jurídicos como la vida, la salud, la integridad física, el goce de aptitudes, la tranquilidad, la intimidad, trae aparejado un daño susceptible de ser estimado en dinero. El hombre actual se ha acostumbrado «a pensar en dinero» y es el medio más fácil que encuentra para la compensación de su incapacidad o de los sufrimientos soportados.

A esto se suma la existencia de unos pocos abogados inescrupulosos que se sienten tentados por la posición económica del médico tratante —que, sin embargo, en nuestro país no es óptima—, quienes aconsejan al paciente llevar adelante su pretensión, sin antes haber agotado el estudio del caso.

Si bien las acciones por responsabilidad han dejado de ser mal vistas, no se puede negar que muchas de ellas obedecen a una actitud vengativa contra el médico por parte del paciente, al no aceptar la fatalidad del destino.

(h) La soberanía del consumidor, teoría propia de la sociedad de consumo, por la cual el Estado se encuentra obligado a proteger al consumidor, como consecuencia de que existe una gran masa de personas que al realizar las operaciones de la vida diaria, no están en condiciones de conseguir, por sí solas, ni calidades ni precios adecuados.

Se entiende que en el ejercicio de la profesión médica el paciente juega el rol de consumidor de bienes (entiéndase materiales que se utilizan en el tratamiento, como por ejemplo, medicamentos, prótesis, etc.) y, fundamentalmente, de servicios (atención médica). Dentro de una corriente se concibe al paciente como la parte débil de la relación médico-paciente, dada la desigualdad de información (conocimiento técnico) que existe entre ambos.

Según los Bercovitz, en términos generales pueden distinguirse dos nociones diferentes de consumidores. Una noción concreta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes y servicios para un uso privado. Y una noción abstracta, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida.[1668] En este sentido, se entiende que la importancia de una adecuada prestación de servicios de salud no solo incumbe a la persona que recibe directamente la atención médica, sino que se trata de una prestación que tiene repercusión social. La relación médico-paciente conjuga un doble interés: de un lado, por parte de quien recibe los cuidados (interés particular y privado), y de otro, por parte de la comunidad, interesada en la eficacia de la medicina y su avance.

El Estado asume, entonces, un papel activo en cuanto a la prestación de servicios de salud y a la vigilancia de su adecuada ejecución,

---

[1668] Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto y Rodrigo. *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores.* Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1987, p. 107.

tanto por medio de las sanciones que se imponen a los prestadores de salud, como a través del monopolio de este servicio. La medicina se convierte en un servicio público más. El Estado deja de cumplir una función subsidiaria en cuanto a la salud, para prestarla como un servicio propio de su función, llegando al punto de poder concebirse muchas veces como una exclusividad estatal, un *servicio de pública necesidad.* Este término ha sido acuñado por la doctrina italiana, a raíz de haber sido empleado en el artículo 359 del Código Penal de ese país.[1669]

(i) La remoción de los obstáculos jurídicos que impedían responsabilizar a los médicos o, por lo menos, que dificultaban condenarlos.

Hoy en día se admite que los jueces puedan conocer y decidir cuestiones científicas, debidamente asesorados por peritos. Sin embargo, los magistrados siguen conservando amplias facultades para emitir sus dictámenes, puesto que el peritaje médico no puede ser de ninguna manera vinculante.

Sin embargo, ello no significa que, al no estar atados al dictamen pericial médico, puedan resolver en cualquier sentido, aun fallando en contra de la opinión de los expertos o solamente con arreglo a sus preferencias.[1670]

[1669] Código Penal Italiano de 1930. Libro II, Titulo II, Capítulo III:
Artículo 359.- «Personas que ejercen un servicio de necesidad pública.- Para los efectos de la ley penal son personas que ejercen un servicio de necesidad pública:
1. Los particulares que ejercen profesiones forenses o sanitarias; u otras profesiones cuyo ejercicio se encuentre prohibido por la ley sin una especial habilitación del Estado, cuando el público se encuentre legalmente obligado a valerse de la obra de ellos;
2. Los particulares que, no ejerciendo una función pública, ni prestando un servicio público, cumplen un servicio declarado de necesidad pública mediante un acto de la administración pública».

[1670] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad Civil del Médico.* Buenos Aires: Editorial

La labor del juez no es ingresar al campo de la ciencia médica e interpretar conocimientos técnicos. El juez no puede discutir sobre aquello que no conoce ni domina. Lo que sí puede hacer es aplicar criterios de orden procesal para apreciar las pruebas correspondientes, que lo llevarán a estimar o desestimar la pretensión contra el médico. Al mismo tiempo, el juez está limitado por las reglas que impone la sana crítica y la actividad interpretativa que caracteriza a nuestro sistema legal.

De otro lado, la distinción entre culpa médica y culpa material, destinada a colocar al médico fuera de toda posibilidad de juzgamiento, se considera superada.

De hecho, hoy la tesis de la irresponsabilidad médica es absolutamente rechazada. Sin embargo, hasta no hace mucho se pensaba que la culpa médica era diferente a la culpa material, en la cual podía incurrir cualquier persona al causar un daño.

Se argumentaba a favor de esta tesis que no era válido hablar de verdades científicas absolutas y que la labor médica podría ser siempre objeto de discusión y, por tanto, la culpa empezaba donde terminaban las discusiones científicas, es decir, la culpa se fundaba solo en errores gruesos y evidentes. En consecuencia, el médico solo debía responder por la culpa material, mas no por la profesional.

Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985, p. 87. Este autor hace referencia a la expresión «jueces incontrolables», bastante común en la literatura jurídica estadounidense, para señalar a aquellos jueces que están facultados para resolver en cualquier sentido, aun en contra del dictamen pericial médico. Sin embargo, debe recordarse que en los Estados Unidos el veredicto depende frecuentemente, no del juez, sino del jurado, que muchas veces no está integrado ni por médicos ni por abogados, e incluso puede estar constituido por personas no necesariamente cultas, las cuales pueden formar su opinión de acuerdo a la simpatía que les inspire una de las partes o a la impresión que les cause el alegato de alguno de los abogados.

27.37.2. Evolución histórica de la responsabilidad médica

En lo referente a la responsabilidad médica, el proceso histórico resulta ligeramente diferente al de la responsabilidad civil en general —la cual ya hemos tratado en el Capítulo respectivo—, al menos en sus orígenes.

De acuerdo a la bibliografía consultada,[1671] en sus inicios la práctica de la venganza y la autocomposición (Ley del Talión), se mantuvieron ajenas a las actividades que estaban reservadas al hechicero o al mago de la tribu, antepasado próximo del médico.

Aquellos eran venerados y temidos a la vez, puesto que se pensaba que poseían poderes divinos. Es así que en esos tiempos la medicina revestía visos mágicos más que científicos.

En Persia se estaba habilitado para el ejercicio de la profesión médica, luego de haber realizado una práctica previa que consistía en brindar atención a tres enfermos que carecían de recursos, a los cuales el profesional debía salvar de morir. Una vez conseguido esto, el aspirante era considerado como médico.

Había tres clases de médicos: los que curaban con rezos —eran los más respetados—, los que utilizaban hierbas y los que recurrían a operaciones cruentas. Existía también una gradación en cuanto al honorario, el mismo que se abonaba en especie, y que podía consistir en un caballo, una vaca o una burra. Sin embargo, según el Código de Hammurabi, la falta de prudencia y la desatención del enfermo

[1671] Vargas-Alvarado, Eduardo. *Medicina Forense y Deontología Médica*. México: Editorial Trillas, 1991, pp. 861-862; Yungano, Arturo, López Bolado, Poggi; y Bruno. *Responsabilidad Profesional de los Médicos: Cuestiones Civiles, Penales, Médico-Legales, Deontológicas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1986, pp. 28-30; Pérez De Leal, Rosana. *Responsabilidad Civil del Médico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995, pp. 25-30.

acarreaban al profesional sanciones que iban hasta la amputación de las manos.[1672]

En Egipto y Grecia se formaron «colegios secretos» o «templos de estudios» que actuaban conforme a reglas y fórmulas. No se incurría en responsabilidad a menos que el médico se apartara de estas reglas, pudiendo ser castigado con penas que llegaban hasta la muerte.

En Egipto existían «colegios» en los templos de Heliópolis, Memphis y Tebas; el papiro de Ebers menciona estudios médicos regulares atribuidos a Toth.

En la Antigua Grecia la medicina estuvo también ligada a lo divino y lo sobrenatural, características que duraron hasta los tiempos de Hipócrates en que la medicina devino en más científica. En Atenas se prohibían expresamente el aborto, la castración, el abusar de la debilidad de las mujeres y la violación del secreto. Es recién con la Escuela de Cos —Hipócrates— que la medicina griega alcanzó sus bases racionales y naturales, así como su mayor apogeo.

En la Roma Antigua el estatus profesional antes descrito se mantuvo casi con las mismas características. Se consideraba que los servicios profesionales estaban ubicados en un rango social superior y eran recompensados con algún tipo de «reconocimiento» o «privilegio», absolutamente distinto del trabajo manual, que no era merecedor más que de una remuneración. La recompensa por las actividades profesionales consistía exclusivamente en el honor, la consideración, la influencia y el poder.

Fue una situación especial, alrededor del año 240 a.C., la que llevó a cambiar esta tradición. Una epidemia azotó Roma y se tuvo que

[1672] Código de Hammurabi: 218. Si el paciente, operado de la herida grave o del ojo, muere o pierde el ojo, se le cortarán las manos al médico.

recurrir a médicos de origen griego —por ser considerados estos superiores en conocimientos—. Los griegos desecharon el privilegio especial, a modo de pago, poniéndole precio a sus servicios.

Con el Imperio Romano se conservó esta costumbre de retribuir el servicio profesional de los médicos. Al respecto existían dos teorías:

(a) Una primera teoría —compartida por la mayoría de autores— considera que la relación médico-paciente no era una forma de arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*), sino que se trataba de una obligación cuya fuente estaba en un contrato de mandato (*mandatum*).

El arrendamiento, según Petit,[1673] era un contrato consensual por el cual una persona se comprometía con otra a procurarle el goce temporal de una cosa, o a ejecutar por ella cierto trabajo mediante una remuneración en dinero, llamada *merces*.

Existían dos clases de arrendamiento: el arrendamiento de cosas, *locatio conductio rerum*, y el arrendamiento de servicios, *locatio conductio operis faciendi* u *operarum*.

Se trataba de una *locatio conductio operis faciendi* cuando el que prestaba sus servicios recibía de la otra parte, por tradición, una cosa sobre la que tenía que realizar su trabajo. Llamaban *locator* al que entregaba la cosa, *qui local opus faciendum,* y *conductor* al que debía ejecutar el trabajo. De tal forma que era el *locator* quien pagaba la *merces* y el *conductor* quien la recibía.

En cambio, en la *locatio operarum* el *locator*, en lugar de procurar el disfrute al *conductor* de una cosa por la que le debía la

[1673] Petit, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano.* México: Editorial Porrúa, S.A., 1994, pp. 401-404.

merces, era quien prestaba los servicios, mientras que el conductor era quien debía la *merces*.

No obstante, no todos los servicios podían ser indistintamente objeto de arrendamiento. En Roma, los trabajos a jornal, sobre todo aquellos que no requerían conocimientos técnicos afinados, sino que consistían en simples manualidades, eran denominados *mercenarios.* En contraparte estaban los trabajos profesionales (*operae liberales*), consistentes en tareas desplegadas por profesionales liberales como los retóricos, gramáticos, geómetras, médicos y abogados. Eran precisamente estas labores las que se excluían del arrendamiento de servicios, dado que se consideraba que eran difíciles de valuar en dinero. Se admitía, sin embargo, que estas personas recibiesen una remuneración, la cual se denominaba *honorarium* —y no *merces*—, y no podía ser reclamada en justicia más que por una *cognitio extraordinaria*[1674] —y no por una *actio conducti,* acción propia del contrato de arrendamiento—. (L. 1, D., *de var. et extr. Cogn.,* L. 13. V. N° 389, 1).

Entonces, como las profesiones liberales quedaban a veces excluidas, algunos consideraron la relación como una forma de mandato, según el cual el mandatario prestaba un servicio al mandante, que le brindaba su confianza, estableciéndose así una excepción al principio de gratuidad del mandato.[1675]

[1674] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, pp. 125 y 126.

[1675] Es importante recordar que en Roma el mandato era siempre un contrato gratuito, mediante el cual el mandatario asumía la obligación de realizar no solo actos jurídicos sino también servicios, trabajos determinados o la gestión total del patrimonio (Carames, José. *Curso de Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones.* 8ª edición. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1964, pp. 337 y 338).

(b) La segunda tesis sostiene, conforme con Paulo, que si se hubiera fijado un salario u *honorarium* no habría mandato sino arrendamiento de servicios. Apoya esta teoría el hecho de que se le haya asignado a este contrato la *cognitio extraordinaria*, propia de los contratos de arrendamiento de servicios y no de los mandatos (caso en el que la acción correspondiente era la *actio mandati*). De esta manera, el profesional se obligaba a prestar sus servicios, mientras que el paciente se obligaba a retribuirlo mediante el pago de la *merces* u honorario. Este sector de la doctrina, afirma Bueres, precisa que en el Derecho Romano no existieron tajantes diferencias entre la actividad liberal y la mercenaria —a pesar de la diferencia entre *merces* y *honorarium*—, en dimensión tal como para excluir a la actividad liberal del marco del arrendamiento de servicios, de donde el trabajo profesional no configuraría una excepción a la gratuidad del mandato.

Como señala Pérez de Leal,[1676] si bien los profesionales continuaron manteniendo un estatus social privilegiado, la ley se encargaba de distinguir entre el médico bueno y el médico malo.

Es así que, por ejemplo, la *Ley Cornelia* contemplaba la deportación y, en algunos casos, preveía la pena de muerte para el médico que con su práctica causara o provocara el deceso del paciente.

La Ley Aquilia, al tratar el daño, establecía una pena equivalente al perjuicio sufrido cuando el menoscabo proviniese de una «falta» (culpa), reconociéndole a esta última una entidad distinta que al daño derivado del azar. En materia de culpa profesional responsabilizó al galeno imperito.

[1676] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, pp. 25-30.

Ulpiano, en el *Digesto 1. 18. 6. 7.*,[1677] indicaba que el médico era responsable cuando hubiera causado un daño que tuviera su origen en un actuar imperito.

De otra parte, el Derecho Germano establecía una indemnización tarifada, y sostenía que el daño causado a las personas y a los bienes debía ser compensado de conformidad al monto que la ley determinara. Este *quantum* recibió la denominación de *wehrgeld*.

Es importante hacer mención de dos procesos muy divulgados habidos en Francia, a comienzos de siglo XIX, que marcaron las pautas de valoración para el juzgamiento de nuestra materia.[1678]

En el primer caso, el Doctor Helie —1825— fue llamado a atender un parto distócico con presentación de hombro; al encontrarse con el brazo derecho del niño fuera de la vulva, lo amputó sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo de igual forma procedió a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el Tribunal de Domfront, el cual, previo dictamen de la Academia de Medicina, sentenció que el médico había actuado «imprudentemente y con precipitación increíble, no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consultas» y condenándolo a pagar una indemnización vitalicia al menor.

[1677] «Aunque no puede imputarse al médico el resultado mortal, sí debe imputársele lo que cometió por impericia: no debe quedar impune, bajo el pretexto de la fragilidad humana, el delito del que, en ocasión de peligro, engaña a los hombres» (*Digesto* 1.18.6.7).

[1678] Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, pp. 30 y 31.

El segundo caso ocurrió en 1832. El Doctor Thouret Noroy había practicado una sangría. Detenida la hemorragia colocó un vendaje, formándose con posterioridad una tumoración dolorosa. Al regresar el paciente, el médico dispuso la aplicación de pomadas, pero aquel empeoró, negándose luego el profesional a volverlo a examinar. Otro médico le diagnosticó un aneurisma arterio-venoso con lesión de la arteria braquial. A pesar de las ligaduras, la infección gangrenosa desencadenada trajo como consecuencia la amputación del brazo. Entablada la demanda, el Tribunal sentenció que había existido «impericia, negligencia grave, falta grosera, y olvido de las reglas elementales» y condenó al médico al pago de una indemnización vitalicia. El fallo fue confirmado por el Tribunal de Casación, ante el cual pronunció el Fiscal Dupin su famoso dictamen que entre otros argumentos sostenía: «...queda a cargo del juez, en cada caso, determinar cuándo alguien debe ser considerado responsable de un acto cometido en el ejercicio de su profesión... Para que haya responsabilidad civil no es necesario buscar si existió intención; basta que haya habido negligencia, imprudencia, impericia grosera, y por lo tanto inexcusable».

27.37.3. Tipos de responsabilidad a los que está sujeto el médico

Cuando hacemos referencia al tema de la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión, es imposible dejar de advertir que esta posee dos aspectos: uno moral o ético y otro jurídico. Ambos se complementan y nutren mutuamente.

27.37.3.1. Responsabilidad ética

El Diccionario de la Lengua Española define a la ética de la siguiente manera:

Ética. (Del lat. *Ethicus*, y éste del griego hqich, t. f. de -cóV, ético) f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.[1679]

Están comprendidos dentro de la moral los deberes que la conciencia impone en relación a toda la sociedad.

Se deduce, entonces, que el profesional médico tiene, por un lado, responsabilidad ante su propia conciencia y, por otro, responsabilidad ante la sociedad, esfera donde se exteriorizan estos deberes mediante normas de conducta comunes a todos los individuos.

Con el fin de determinar las obligaciones morales, surge la deontología médica, que Acosta define como «el conjunto de normas que deben seguir el médico y, en general, los profesionales del sector salud, en el ejercicio de su profesión, en sus relaciones con la sociedad, con los enfermos, con las autoridades y con sus colegas».[1680]

El deber del médico para con la sociedad es aportar y colaborar con sus conocimientos al desarrollo de esta desde su disciplina específica, para lo cual se requiere, además de un ejercicio permanente, estudio y actualización para poder actuar con la debida prudencia, diligencia y pericia.[1681]

27.37.3.1.1. Códigos de ética

27.37.3.1.1.1. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú[1682]

El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú proyecta la sistematización de los deberes morales del profesional médi-

---

1679 Real Academia de La Lengua Española. *Op. cit.*, tomo I, p. 293.

1680 Acosta Ramírez, Vicente. *De la Responsabilidad Civil Médica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 29.

1681 Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, pp. 20 y 21.

1682 El nuevo Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, vigente desde

co. Aquel es un conjunto de preceptos de carácter moral —mas no vinculante— que promueven una práctica profesional competente, honesta y una conducta honorable por parte de todos y cada uno de los miembros de la profesión médica. De acuerdo a ello, la medicina es ciencia y arte que se fundamenta en el respeto a las personas y a la dignidad humana.

Los principios tradicionales de la medicina son los de beneficencia y no los de maleficencia. La beneficencia, *bonum facere*, consiste en hacer el bien al paciente: todo procedimiento médico aplicado a un enfermo debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados; mientras que la no maleficencia, *non nocere*, consiste en evitar cualquier forma de daño o lesión.[1683]

Con ellos concurren los principios de autonomía y de justicia.[1684] El principio de autonomía (o principio de respeto por las personas)

el 5 de octubre de 2000, está compuesto por un total de 96 artículos, estructurados en 8 secciones: Primera: Declaración de principios, Segunda: Disposiciones generales, Tercera: Ejercicio profesional. De los deberes de competencia y perfeccionamiento; del acto profesional; del trabajo médico; de los honorarios profesionales; de la prescripción médica; de los médicos legistas y auditores; de los actos contra la humanidad, Cuarta: De la atención a los pacientes. De los derechos del paciente; de la relación médico-paciente; del secreto profesional; de las relaciones entre médicos; de las relaciones del médico con otros profesionales y técnicos en salud, Quinta: De los documentos médicos. De las historias clínicas y otros registros clínicos; de los certificados médicos, Sexta: De la docencia, Sétima: De la publicidad, Octava: De las faltas y sanciones.

[1683] Estos postulados se mantienen incólumes desde Hipócrates. Así, en el Juramento Hipocrático se señala:
«Dirigiré la dieta con los ojos puestos en la recuperación de los pacientes, en la medida de mis fuerzas y de mi juicio, y les evitaré toda maldad y daño.
No administraré a nadie un fármaco mortal, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de una sugerencia de este tipo. Asimismo, no recetaré a una mujer un pesario abortivo; por el contrario, viviré y practicaré mi arte de forma santa y pura».

[1684] Colegio Médico Del Perú. *Código de Ética y Deontología*, Sección Primera: Declaración de los Principios.

es entendido como el respeto por las decisiones del paciente competente (basadas, desde luego, en una debida y oportuna información), lo que implica el respeto a su libertad y autodeterminación; el ser humano no puede ser objeto para la ciencia. Mientras que el principio de justicia, es aquel que reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la aplicación de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos médicamente, atendiendo a las necesidades y al grado de urgencia que justifique su salud.

El médico debe constantemente tomar decisiones en los campos de la vida, la salud y la enfermedad dentro de un marco de decoro, honestidad, altruismo e integridad moral. Esta labor es facilitada por dicho Código.

El Código de Ética y Deontología rige en todo el actuar del ejercicio de la medicina, siendo obligatorio su conocimiento por parte de los médicos que deseen colegiarse, sometiéndose en forma expresa a sus preceptos[1685] —lo que, sin embargo, no implica la aceptación voluntaria de estos ni garantiza su puesta en práctica—.

De esta manera, el Colegio Médico del Perú es el encargado de velar por el ejercicio ético de la profesión médica.[1686]

El Colegio Médico del Perú[1687] es una institución de derecho público interno, que representa a la profesión médica en todo el territo-

[1685] Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho Médico Peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2001, p. 94.

[1686] Colegio Médico Del Perú, *Estatuto*. Aprobado en Asamblea Estatutaria el 28 de marzo de 2000, Título I, Capítulo II, artículo 6, numeral 2.

[1687] Ley N.° 15173, Ley de Creación del Colegio Médico del Perú (Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre de 1964), modificada por la Ley N.° 27192 (Diario Oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 1999).

rio de la República, y se encarga de incorporar a todos los médicos que se encuentren legalmente aptos para ejercer la profesión. Sus fines, además del ya mencionado, son: mantener incólume el honor y los principios relacionados a la profesión médica; propender a que la ciencia médica y la profesión contribuyan al desarrollo de la sociedad, mediante la función de servicio social que les atañe; contribuir al adelanto de la medicina y a la defensa y desarrollo de la vida, la salud y la seguridad social individual y colectiva; promover la ejecución de programas de prevención y asistencia social del médico y su familia; y fomentar la excelencia en el ejercicio profesional de sus miembros e instituciones.[1688]

27.37.3.1.1.2. Códigos de Ética Internacionales

Existen, a la par, acuerdos internacionales que orientan a la medicina moderna en el campo de la ética, como son la Declaración de Ginebra y el Código de Ética Médica.

La Declaración de Ginebra (adoptada en 1948 por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial) y el Código de Ética Médica (adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial, en Sydney, Australia, en agosto de 1968 y la 35ª Asamblea Médica Mundial, en Venecia, Italia, en octubre de 1983), tratan acerca de los deberes morales del médico, tanto hacia los pacientes como entre los propios médicos.

27.37.3.1.2. Bioética

En los últimos tiempos, dados los grandes progresos que la ciencia médica ha conseguido —sobre todo en lo referente a ingeniería ge-

[1688] Colegio Médico Del Perú, *Estatuto*. Aprobado en Asamblea Estatutaria el 28 de marzo de 2000, Título I, Capítulo II, sus fines.

nética, biología molecular y genómica—, ha surgido una nueva rama de la ética: la bioética.

Bioética es una palabra compuesta, que deriva de dos voces latinas *bios* (vida) y *ética* (valores morales). Se trata de una forma especial de ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con los deberes profesionales.

El Boletín de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), dedicado a la bioética, la define como el «estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y atención de la salud, en la medida en que esta conducta se examine a la luz de valores y principios morales».[1689]

De acuerdo con Pérez de Leal, la bioética surgió como una respuesta a la necesidad de esclarecer y recuperar la responsabilidad moral en la medicina, preocupación latente en la comunidad médica, lo que llevó a hacer hincapié en que la ciencia no puede permanecer ajena a valores morales, y que, además, estos se encuentran sobre la técnica, la misma que debe ser herramienta de una medicina que se fundamente en el compromiso social.[1690]

Según Lamas, el sustento central de la bioética es el insoslayable problema de la relación ciencia-conciencia (ciencia razonada), libertad-cautela (hacer con previsión) y desarrollo-protección (avance con resguardo).[1691]

[1689] Scholle Connor, Susan y Hernán Fuenzalida Puelma. «Bioética. Presentación del número especial». *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, vol. 108, n.º 5 y 6, Montevideo, 1990, p. 369.

[1690] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 24.

[1691] Lamas, Martha, citada por Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho Genético*. 4ª edición. Lima: Editorial Grijley, 2001, p. 52.

Existe actualmente en el Perú el Consejo Nacional de Bioética, encargado de regular y canalizar la conducta profesional médica en el ser humano,[1692] el cual velará por los derechos y bienestar de los seres humanos sujetos de experimentación en proyectos de investigación científica, actuando como un órgano final de consulta, cuando sea solicitado por los Comités de Ética de Investigación de los organismos debidamente autorizados.

Cabe destacar que la inobservancia de los ya mencionados deberes morales acarrea responsabilidad de tipo ético, mas no necesariamente responsabilidad jurídica. Sin embargo, toda responsabilidad jurídica siempre lleva detrás una conducta antiética, ya que los preceptos jurídicos han sido elaborados en base a normas éticas previas que orientaron al legislador acerca del «deber ser».

Aquí radica la importancia de la formación moral requerida por nuestros futuros médicos, tema que mencionamos como una de las causas de aumento de las demandas judiciales contra estos profesionales.

27.37.3.2. Responsabilidad jurídica

El ordenamiento jurídico encargado de regular la vida del hombre dentro de la sociedad, aspira a la realización social de la justicia, sancionando las conductas que juzga lesivas a los bienes jurídicos protegidos, de dos maneras: con sanciones represivas (penales) y con sanciones reparadoras (civiles).

Las primeras tienen un sentido ejemplarizador y su vocación es la de reprimir al autor del comportamiento antijurídico; las segundas,

[1692] Decreto Supremo N.° 013-2001-SA (Diario Oficial *El Peruano*, 3 de mayo de 2001).

uno compensatorio, y tienden a beneficiar a quien ha sido víctima del daño.[1693]

Para Mazeaud y Tunc, la responsabilidad penal supone un perjuicio social, mientras que la responsabilidad civil supone un daño privado, en donde la víctima es un particular y no toda la sociedad.

La conducta del médico, activa o pasivamente, sea por acción o por omisión, pero siempre dentro del ejercicio profesional, puede responsabilizarlo, en uno de los dos terrenos mencionados o en ambos. Es así como el mismo hecho puede ser juzgado desde un punto de vista penal, para establecerse si configura o no un delito, y si merece o no sanción; o bien, desde el punto de vista civil, para acoger o rechazar una petición de indemnización patrimonial.

Cabe recordar que mientras en el ámbito del Derecho Penal no hay conducta que merezca punición, sin una norma tipificadora previa (*numerus clausus*), en lo civil puede haber sanción solamente con base en comportamientos ilegales o trasgresores de los principios del orden público o las buenas costumbres (*numerus apertus*).

El hecho médico puede encuadrar en ambas responsabilidades y, por tanto, ser juzgado por jueces distintos de manera independiente —de acuerdo con el criterio de especialidad—.

27.37.3.2.1. Responsabilidad penal

El médico puede ser responsable en materia penal de sus actos, debido a diversas circunstancias.

En primer lugar, al actuar como hombre, con independencia de su condición profesional, puede incurrir en una infracción de la ley

[1693] Mosset Iturraspe, Jorge, *Op. cit.*, p. 61.

penal, verse ella sobre delitos o faltas. En este caso existe dolo, del que surge directamente la condición de delito.

El médico se hace acreedor a la sanción correspondiente, para lo cual no importa la calidad especial que le otorga el ejercicio de su profesión; es solo criminalidad común. Este supuesto es el de cualquier ciudadano que delinque, e incluso puede estar agravado por su condición de médico.

En segundo lugar, el médico puede ejecutar un hecho criminal con ocasión o en relación directa con la actividad profesional médica y con la salud de las personas.

El Código Penal Peruano contempla diversos casos: homicidio culposo (artículo 111), aborto (artículo 117), certificaciones falsas (artículo 431), supresión y suposición del estado civil (artículo 144), violación del secreto profesional (artículo 165), charlatanerismo (artículo 291), ejercicio ilegal de la medicina (artículo 363) y encubrimiento de ejercicio ilegal (artículo 364).[1694]

[1694] A continuación el texto de los artículos citados del Código Penal Peruano de 1991:
Artículo 111: «Homicidio culposo. El que por culpa, ocasiona la muerte de una persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.
Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulta de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4, 6 y 7».
Artículo 117: «Pena de Inhabilitación para Profesional Médico o Sanitario. El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8».
Artículo 431: «Expedición de Certificado Médico Falso. El médico que, maliciosamente, expide un certificado falso respecto a la existencia o no existencia, presente o pasada, de enfermedades físicas o mentales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

En todos estos supuestos se dan delitos cualificados por la condición profesional de su autor, sin la cual aquellos no existirían. Estos ilícitos constituyen lo que Cornejo, con propiedad, denomina «los delitos del médico».

Con todo, la circunstancia jurídica más habitual en la responsabilidad penal del médico, es aquella en la que interviene la culpa, descartándose el elemento doloso.[1695] Es decir, se causa daño sin existir la intención de producirlo.

Cuando se haya dado la falsa certificación con el objeto que se admita o interne a una persona en un hospital para enfermos mentales, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.
El que haga uso malicioso de la certificación, según el caso de que se trate, será reprimido con las mismas penas privativas de libertad».
Artículo 144: «Supuesto Embarazo o Parto. La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.
La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al artículo 36, inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito».
Artículo 165: «Violación del Secreto Profesional. El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa».
Artículo 291.- «Ejercicio Desleal de la Profesión Médica. El que, teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas».
Artículo 363.- «Ejercicio Ilegal de Profesión. El que, con falso título o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años».
Artículo 364.- «Encubrimiento de Ejercicio Ilegal. El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2».

[1695] En la esfera del Derecho Civil, a este tipo de ilícitos que se caracterizan por la culpa,

Según la doctrina, esta forma de responsabilidad culposa comprende cuatro tipos:[1696]

(a) Impericia. Entendida como la ignorancia inexcusable. Consiste en la actuación profesional con ausencia de conocimientos técnicos, así como también en la falta de actualización sobre los avances de la medicina.

A su vez, se podría recordar que existen tres tipos de impericia:

- *Impericia de origen.* Por ella se entiende el desconocimiento absoluto de la técnica. El médico jamás obtuvo los conocimientos necesarios para la realización de un determinado acto médico.

- *Impericia de olvido.* El médico adquirió alguna vez los conocimientos necesarios para realizar un determinado acto médico; sin embargo, los olvidó.

- *Impericia de práctica.* La que se comete cuando el médico ha adquirido los conocimientos científicos necesarios, pero no ha alcanzado práctica efectiva o carece de ella. Es el caso de aquel cirujano que sabe cómo extirpar un apéndice, pero que jamás ha realizado una intervención quirúrgica de esa índole.

(b) Negligencia. Es la omisión o demora inexcusable en la actuación del médico, o una actuación perezosa con falta de celo y constancia profesional, lo que implica descuido y desatención.

---

la doctrina los denomina *cuasi delitos*. Se define al *cuasi delito* como «la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse» (ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954, tomo V, p. 166, segunda columna).

[1696] VARGAS-ALVARADO, Eduardo, *Op. cit.*, pp. 862 y 863.

(c) Imprudencia. Es la actuación temeraria inexcusable. El sujeto actúa con exceso de confianza, de manera que constituye una falta de previsión o de precaución en la acción.

(d) Inobservancia de normas o reglamentos. Es la culpa que surge de la actuación que, aunque prudente y diligente, está vedada por una norma jurídica, incluyendo los reglamentos internos de cada institución y las normas del servicio donde trabaja.

La responsabilidad culposa, aunque el resultado no sea querido, se da en condiciones en que el autor estaba en posibilidad de evitarla.

27.37.3.2.2. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil es la que proviene de un hecho u omisión que causa un daño a otro. El médico se encuentra también afecto a responsabilidad por los daños culpables que cause en el desempeño de su profesión.

En el terreno civil, las acciones se originarán en daños al cuerpo humano en sus aspectos físicos o somáticos y psíquicos, o bien en perjuicio de los derechos de la personalidad, entendidos como derechos fundamentales de toda persona humana.

Como sabemos, una distinción básica en lo que concierne a la responsabilidad civil considera dos calificaciones, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Ambas se desarrollarán en el transcurso de esta exposición.

27.37.4. Tesis frente a la responsabilidad médica

Al tratar de establecer la responsabilidad en el ejercicio de la profesión médica, se han sustentado diferentes doctrinas por parte de galenos, tratadistas y tribunales. Como es natural, el sector de los galenos aboga por la irresponsabilidad médica y, por su parte, los tri-

bunales, en algunos países, han llegado a sancionar aun las faltas más insignificantes.

A continuación se describen estas teorías, siguiendo la clasificación propuesta por Acosta.

27.37.4.1. Tesis de la irresponsabilidad absoluta[1697]

Esta teoría sostiene que el médico no es responsable jurídicamente, ni en lo civil ni en lo penal, por los perjuicios que sufra un paciente a causa de un acto médico.

Las razones que se aducen son las siguientes:

27.37.4.1.1. El paciente es el único responsable, al haber realizado una mala elección

El paciente es considerado como el único responsable, pues si hubiese recurrido a un profesional más hábil o perito, no habría tenido que lamentar las consecuencias de un mal ejercicio profesional.

Esta afirmación tiene su origen en una sentencia de la Corte de Casación Francesa, que señalaba: «Solo el cliente es culpable de la mala atención suministrada por un profesional cuando el último ha sido designado por el primero».

Consideramos que esta argumentación debe ser rechazada, ya que, en primer lugar, cuando un enfermo acude a un médico, aquel confía en que este tiene los conocimientos suficientes para proporcionarle un diagnóstico y tratamiento adecuados —recordemos que todo profesional médico está respaldado por un título otorgado a nombre de la Nación—. Además, el enfermo no siempre tiene el suficiente criterio o conocimiento para escoger, y solo en muy pocas ocasiones podrá distinguir al «mediocre del hábil».[1698]

[1697] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 37 a 51.

A esto se suma el hecho de que la elección efectuada por el paciente no otorga derecho al profesional para ignorar lo que debería saber.

Por otro lado, cabe recordar que la responsabilidad médica no solo puede originarse en un actuar imperito por parte del médico, sino que también puede surgir de un actuar perito pero negligente o imprudente, o incluso de la inobservancia de normas, lo que nada tendría que ver con la inhabilidad del profesional.[1699]

En último lugar, los pacientes no siempre tendrán la posibilidad de escoger a su médico tratante, como es el caso de las emergencias, por lo que no podría sostenerse que en todos los casos de responsabilidad médica la culpa es del paciente por su mala elección.

27.37.4.1.2. La medicina es un arte conjetural

Se sostiene que «la medicina no es una ciencia matemática, capaz de ser sometida a norma; es un arte conjetural y en continua renovación, lo que hace difícil, cuando no peligroso o injusto, juzgar técnicamente los actos profesionales, pues el error de hoy suele ser la verdad de mañana».[1700]

Por lo demás, a diferencia de otros profesionales como los ingenieros o abogados, los médicos trabajan con materiales y elementos imprecisos, como el hombre y la vida, de los cuales no pueden llegar

[1698] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 38.

[1699] Al respecto consultar lo referente a los supuestos de responsabilidad culposa del médico.

[1700] Rojas, Nerio. *Medicina Legal*, Buenos Aires, 1936, p. 311.

a conocer todos sus detalles y, mucho menos, hacer predicciones sobre sus relaciones.

Si se acepta que la medicina es un arte, en consecuencia «el médico es una persona a quien se deja una libertad ilimitada en la curación de los enfermos»,[1701] y no puede ser de otra manera: «el genio del artista rechaza las limitaciones y el encierro».[1702] Agrega Gabba[1703] que «las operaciones de su arte son de una variedad infinita, dada la variedad infinita de casos y propiamente de casos análogos; el progreso científico, la variedad de doctrinas y escuelas, el vario discernimiento y la diversidad de las enseñanzas son argumentos que deben tenerse muy presentes a la hora de juzgar la responsabilidad de los médicos».

Esta posición equivaldría a sostener que el paciente no puede ya confiar en la ciencia, que si bien no es exacta, constituye un saber racionalizado y objetivo, sino que queda librado a la inspiración, la intuición y el particular modo de ver de un profesional-artista.[1704]

No obstante, hoy en día puede hacerse la distinción entre aspectos que han llegado a una firmeza o estabilidad y aspectos que se encuentran aún en períodos de investigación o experimentación y que son objeto de polémicas. En muchas de las materias médicas existe ya una autoridad establecida, una firmeza o estabilidad de conocimientos tal, que bien puede hablarse de verdades científicas. De tal forma que cuando un facultativo omite una precaución reconocida por todos como elemental o contraviene una regla preestablecida por la ciencia, nada debería oponerse a que este incurra en responsabilidad.

[1701] Gabba, G., citado por Mosset Iturraspe, Jorge, *Op. cit.*, p. 25.
[1702] *Ibidem.*
[1703] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 67.
[1704] Mosset Iturraspe, Jorge, *Op. cit.*, p. 25.

En cuanto a los aspectos que se encuentran todavía en una etapa de investigación, en los cuales se pongan a prueba nuevas técnicas o tratamientos, consideramos que no se debería responsabilizar al médico por los hechos que acaecieran, siempre y cuando se haya obtenido el consentimiento debidamente informado, de manera expresa y oportuna, por parte del paciente.

Vale la pena reconocer que, en ciertos casos, el galeno efectúa un buen diagnóstico y ordena el mejor tratamiento, a pesar de lo cual surgen complicaciones que devienen en la muerte del paciente. A nuestro entender, este tipo de situaciones, en las cuales las complicaciones no eran previsibles, no deberían generar responsabilidad por parte del médico, toda vez que el hecho dañoso escapa al poder y control del profesional y más bien pertenece al ámbito de la esfera personal del paciente —como individuo único en el mundo— y a la variedad de comportamientos que puede adoptar cada parte del cuerpo humano. De ahí que un antiguo adagio sostenga que «no existen enfermedades sino enfermos».

Sostiene Mosset, desde una posición absolutamente contraria a la tesis de la irresponsabilidad, lo siguiente:

> Los errores en el diagnóstico o en el tratamiento clínico o en las intervenciones quirúrgicas, quedan, en principio, fuera del control judicial, por ser cuestiones conjeturables, opinables. La excepción la constituyen los errores gruesos, inexcusables, evidentes.
>
> Por este camino, desgraciadamente muy transitado, poca seguridad o garantías pueden tener los pacientes que se someten al servicio de salud.
>
> Y, por lo demás, se desalienta el ejercicio consciente, puesto al día y sacrificado de la profesión. Si todo es un tembladeral, donde campean las opiniones más encontradas, ¿para qué estudiar, asistir a congresos o jornadas, informarse?

27.37.4.1.3. El título universitario implica idoneidad profesional[1705]

Según esta argumentación, el médico está respaldado por una presunción de capacidad: desde el momento que le ha sido otorgado el título profesional se le considera apto para el ejercicio de su profesión, de

[1705] Varsi Rospigliosi, Enrique. Derecho Médico Peruano. *Op. cit.*, pp. 45-52.
«1. Formación de los médicos
1.1. Educación médica de pregrado
63. Los estudios de medicina de pregrado se realizan en las distintas facultades de medicina de las universidades del país. El número de vacantes para el ingreso es reducido debido a la gran demanda existente (La Ley 27154 (DOEP, 11/7/1999) y su reglamentación mediante el D.S. 005-2000-SA (DOEP, 28/12/2000)) institucionaliza la acreditación de facultades o escuelas de medicina humana a fin de garantizar la idoneidad de la formación académico-profesional de los médicos cirujanos y de la atención de la salud en la comunidad, para lo cual se ha formado una Comisión para la Acreditación de Facultades o Escuelas de Medicina Humana (Cafme), adscrita al Ministerio de Salud, cuyas funciones son elaborar los estándares mínimos para el funcionamiento integral de las facultades o escuelas de medicina. La ley suspende la autorización de funcionamiento de nuevas facultades o escuelas en las nuevas universidades y en las universidades ya existentes la creación de éstas requiere aprobación previa de la comisión. Los antecedentes legislativos se dan con el proyecto de Ley 4391/98-CR, presentado por el presidente de la Comisión de Salud del Congreso de la República, en el que se propone la creación de una Comisión para la Acreditación de Facultades de Medicina, cuya finalidad es la elaboración de normas y de los estándares mínimos para su funcionamiento. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, a través de un comunicado del 18/4/1999 (Diario *El Comercio*, Lima, sección A, p. 20) hizo pública su opinión con respecto a la situación actual de la enseñanza de la medicina en el Perú, dado que parte del problema radica en que de las facultades de medicina a nivel nacional (24 en total) el promedio de egresados en el período 1994-1999 fue de 1,254 médicos anualmente, siendo 14,771 los alumnos actualmente matriculados, lo que se agrava con la deficiente infraestructura y acondicionamiento académico necesarios para el proceso técnico de aprendizaje y la crisis del desempleo. Es por ello necesario evaluar y elevar la calidad de la enseñanza de la medicina.
Asimismo, véase la R.S. 013-2001-SA (DOEP. 8/1/2001), en la que se aprueban estándares mínimos para la acreditación de facultades o escuelas de medicina. Las modalidades del concurso de admisión son: concurso extraordinario (premio de

excelencia), concurso ordinario, ingreso directo a través del centro preuniversitario y traslado externo.
64. La educación médica se realiza en interacción con un sistema de prestación de servicios. Se requiere de la vinculación de ambos procesos a través de estrategias de integración docente asistencial que comprometen cada instancia en aras de mejorar la calidad en la atención de salud y la calidad del proceso docente-educativo. Al insertar a los alumnos y profesores en la realidad de los servicios, en programas de salud y con la participación de la población, se crean las bases para alcanzar un aprendizaje significativo en el campo profesional y ético. Las acciones académicas están integradas por la investigación y docencia en una unidad que identifica su proyección al desarrollo social. La preparación general de un estudiante de medicina está basada en la adquisición de conocimientos teóricos y en la aplicación de éstos en beneficio del hombre. Se da especial atención en el estudio del fenómeno salud-enfermedad, como proceso biológico, en la capacitación y formación tecnológica y en la práctica preprofesional internada, es decir el ejercicio y aplicación de la medicina bajo supervisión en ambientes hospitalarios y extrahospitalarios.
65. Los estudios universitarios de medicina se desarrollan aproximadamente en siete (7) años, dependiendo de cada universidad, y se complementa con el internado y, posteriormente, a través del Servicio Rural y Urbano-Marginal de Salud (Serums).
66. El médico que se forma en las facultades de medicina del país es un médico general (médico cirujano), sus funciones asistenciales son: preventiva de la enfermedad, curativa, educativa de promoción de la salud, de investigación científica, de administración de la salud y médico-legal.
1.1.1. Internado
67. Es la etapa del estudio práctico de la clínica médica en sus cuatro (4) ramas, como son: la medicina general, la cirugía, la pediatría y la gineco-obstetricia. Se realiza durante el último año de actividad curricular de los estudios médicos de pregrado, período en el que el alumno integra los conocimientos adquiridos en la teoría aplicándolos en la práctica supervisada en unidades de hospitalización, consultorios externos, servicios de emergencia, centros quirúrgicos y servicios periféricos.
1.1.2. Titulación médica
68. Las universidades son las encargadas de otorgar los grados académicos de bachiller, maestro y doctor, así como los títulos profesionales, en nombre de la nación, de licenciado y de segunda especialidad profesional. Una vez cumplidos satisfactoriamente los estudios universitarios, se accede automáticamente al bachillerato. El título profesional se puede obtener: a) con la presentación y aprobación de la tesis; b) después de ser egresado y haber prestado servicios profesionales durante tres (3) años consecutivos en labores propias de la especialidad y presentar un trabajo, o c) cualquier otra modalidad que la universidad estime conveniente (Ley Universitaria. Art. 22 de la Ley 23733 (DOEP, 9/12/1983), modificado por el D. Leg. 739 (DOEP, 11/12/1991)). Las facultades de medicina son las encargadas de determi-

nar el procedimiento que debe seguir el egresado para optar el título profesional. En el caso del título profesional de médico cirujano, la opción b) no se aplica puesto que constituiría el delito de ejercicio ilegal de la profesión.

1.1.3. Servicio Rural y Urbano-Marginal de Salud (Serums)

69. El Serums (Ley 23330 (DOEP, 10/12/1981) y su reglamento, D.S. 005-97-SA (DOEP, 22/6/1997)) es un programa de servicio a la comunidad efectuado por los profesionales de la salud titulados como: médicos cirujanos, odontólogos, enfermeras, obstetrices, químico-farmacéuticos, nutricionistas, tecnólogos médicos, asistentes sociales, biólogos, psicólogos, médicos veterinarios e ingenieros sanitarios. Su fin es contribuir y asegurar la atención de salud en beneficio de la población de bajos recursos económicos de las zonas rurales y urbano-marginales de menor desarrollo. Puede realizarse en instituciones no públicas pero que brinden atención social de salud. Tiene una duración máxima de un (1) año y es requisito indispensable para ingresar a laborar en el sector público y/o para programas de segunda especialización a nivel nacional, así como para recibir del Estado becas u otras ayudas equivalentes. El Ministerio de Salud es la entidad encargada de determinar anualmente, según su disponibilidad presupuestaria, el número de vacantes para el Serums.

1.2. Educación médica de posgrado

1.2.1. Posgrado profesional

70. Se caracteriza por ser netamente práctico.

- *Especialidad*

71. La educación médica de posgrado se lleva a cabo a través del Sistema Nacional de Residentado Médico (85 009-88-SA (DOEP, 28/2/1988)). Éste suele darse en un contexto institucional distinto a un posgrado común, pues se realiza en un ambiente de trabajo en el que la práctica es el común denominador.

72. El médico residente es un profesional que se encuentra realizando estudios de segunda especialización en medicina (Según el reglamento del Sistema Nacional de Residentado Médico (art. 1) los postulantes deberán reunir los siguientes requisitos: a) ser médico colegiado; b) haber trabajado como profesional médico por lo menos tres años en servicios periféricos de salud; y, c) gozar de buena salud física y mental, acreditada con certificado médico.), los que se realizan en la modalidad de docencia en servicio o contratados en las instituciones del sector salud. El médico que desea especializarse en alguna rama de la medicina, postulará a una de las vacantes ofrecidas por las facultades de medicina. El concurso de selección de residentes se realiza en forma anual, de acuerdo con el cronograma establecido por el Comité Nacional de Residentado Médico.

73. El médico residente realiza una intensa actividad intrahospitalaria que va forjando su capacidad de actuar como un profesional de salud íntegro, haciendo de sus relaciones humanas (médico-paciente) el objeto básico y final de la medicina. El comportamiento del médico residente no se basa solamente en la formación adquirida en la Facultad de Medicina, sino que es modelado por factores sociales complejos, y éstos son obtenidos en la *praxis* del residente.

- *Subespecialidad*

74. La subespecialización en el Perú puede realizarse en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos o en la Universidad Peruana Cayetano Heredia, que son las únicas universidades que ofrecen este perfeccionamiento en medicina. La subespecialidad tiene una duración de dos (2) años.

1.2.2. Posgrado académico

75. Se caracteriza por ser esencialmente teórico, doctrinario y está dirigido a quienes quieren hacer carrera docente. De acuerdo con la Ley Universitaria (Ley 23733 (DOEP, 27/12/1983) (Art. 24)) los grados académicos que otorga la universidad peruana son los de bachiller, maestro y doctor.

- *Maestría*

76. Para ser maestro se requiere de estudios con una duración mínima de cuatro semestres, la sustentación pública y aprobación de un trabajo de investigación original y crítico, así como el conocimiento de un idioma extranjero.

- *Doctorado*

77. Para ser doctor se requiere de estudios con una duración mínima de cuatro semestres, la sustentación pública y la aprobación de un trabajo de investigación original y crítico, así como el conocimiento de dos idiomas extranjeros.

2. Recursos humanos

78. Los profesionales de la medicina representan el recurso humano fundamental y directo para la protección de la salud y la atención sanitaria. Desempeñan un papel primordial en la promoción y conducción de los procesos de modernización y cambio del sector salud.

79. El CMP, a abril de 2000, contaba con 36.187 médicos inscritos, de los cuales 28.308 realizan el ejercicio profesional efectivo, siendo el promedio nacional la relación de un (1) médico por cada 861 habitantes. Esta realidad no es uniforme, pues en el interior del país la relación es muy superior; por ejemplo en el departamento de Pasco, un (1) médico para 10.638 habitantes y en el departamento de Cajamarca se cuenta con un (1) médico para 6.183 habitantes.

80. Frente a esta realidad y problemática el Ministerio de Salud en su propuesta Lineamientos de Política de Salud 1995-2000, en lo referente al diagnóstico de los recursos humanos en el sector, considera que éstos existen en número suficiente, y que las preocupaciones más importantes con relación a ellos es la concerniente a su distribución, ya que el 66 por ciento se encuentra localizado en el departamento de Lima. En cuanto a la calidad de la atención, existen marcadas diferencias entre los que ejercen su labor en ciertas zonas con los que mayormente están en ciudades de sierra y selva. Una mejor distribución se ha logrado mediante el Programa de Salud Básica para Todos, que ha permitido contratar a los profesionales médicos en centros y puestos de salud de distritos y provincias que antes no dis-

ponían de estos profesionales. Otro mecanismo que ha contribuido con este propósito ha sido el Serums.

2.1. Libertad de establecimiento

81. El CEDCMP (art. 12) permite que el médico fije con amplia libertad el lugar donde quiere realizar el ejercicio de su profesión, salvo que se encuentre limitado en su derecho por contrato de trabajo con la entidad empleadora o que de manera voluntaria haya determinado el lugar específico donde trabajará.

Autorización de los médicos

3.1. Aspectos generales

82. La LGS (art. 22) establece que para el ejercicio de actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud se requiere tener título profesional, así como cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás exigencias de ley.

83. La práctica legal de la medicina se realiza a través del cumplimiento de los siguientes requisitos: tener el título profesional de médico cirujano, estar colegiado y, en el caso de médicos especialistas, estar inscritos en el Registro Nacional de Especialistas del CMP.

3.2. Colegiación

84. El CMP se encarga de incorporar obligatoriamente a todos los médicos cirujanos que se encuentren legalmente aptos para ejercer la profesión, siendo la colegiación un requisito indispensable para el ejercicio de la profesión de médico (Ley 15173 (DOEP, 16/10/1964), crea el CMP).

Para la colegiación es requisito la presentación del título profesional otorgado por una de las facultades de medicina del país. En los casos de títulos profesionales otorgados en el extranjero deben ser revalidados por alguna universidad nacional. Están exonerados de la revalidación cuanto exista y esté vigente un convenio internacional, después de comprobarse la reciprocidad correspondiente (Ley 17239 (DOEP, 29/11/1968), modifica la Ley 15173).

85. El ejercicio de la profesión médica debe entenderse como el desarrollo de actividades profesionales relacionadas con la medicina en los siguientes campos: asistencial, de salud pública, de administración, de docencia, de investigación, de medicina legal, entre otros (De acuerdo con el D.S. 00102-69-SA (DOEP, 1/7/1969), reglamento del CMP). De allí que la matrícula de los miembros del CMP tenga carácter oficial y sea constantemente depurada; por esta razón los colegiados están obligados a proporcionar todos los datos e informaciones que se les requiera con este fin. La certificación de la matrícula, válida para el ejercicio de la profesión, es extendida a los colegiados por el consejo regional correspondiente.

86. La LGS y las leyes especiales (Vid 84) exigen el requisito de colegiación para desarrollar cualquier actividad profesional en el campo de la asistencia, la salud pública, la administración, la docencia, la investigación y toda otra que requiera de la posesión del título de médico cirujano.

tal forma que debe permitírsele ejercerla sin control alguno, atribuyéndosele la inmunidad más absoluta en materia de responsabilidad. En consecuencia, el otorgamiento de un título médico, habilitante para el ejercicio profesional, es suficiente cobertura. El diploma, por

3.3. Actos médicos

87. Son actos del ejercicio profesional de la medicina (art. 24, LGS), y por tanto están sujetos a la vigilancia de los colegios profesionales correspondientes: la expedición de recetas, de certificados e informes directamente relacionados con la atención de pacientes; la ejecución de intervenciones quirúrgicas; prescripción o experimentación de drogas, medicamentos o cualquier producto, sustancia o agente destinado al diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades.

3.4. Médico general

88. El médico cirujano o médico general cuenta con los conocimientos básicos que le permiten resolver en forma integral los problemas de salud del individuo y de la comunidad. Está preparado para actuar como un científico y tecnólogo en el proceso de diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Es el médico «todista» y está capacitado para realizar múltiples funciones: asistenciales (de promoción, recuperación y rehabilitación), administrativas, de investigación, salud y enfermedad, realización de necropsias médico-legales y emisión de dictámenes de peritaje. Trata los casos comunes y básicos, por lo que en la actualidad sólo tiene posibilidad de realización profesional en las zonas rurales y urbano-marginales.

3.5. Médico especialista

89. Si bien el título de médico cirujano habilita para el ejercicio ilimitado, la práctica impone la especialización como consecuencia de la gran cantidad de conocimientos exigidos en cada sector, la complejidad de las técnicas y el uso de aparatos que requieren de preparación particular (Yungano, A. *Op. cit.*, p. 55.). Es especialista el médico dedicado al estudio y práctica de una de las ramas de las ciencias médicas. La especialidad se acreditará de acuerdo con los dispositivos señalados en el estatuto y reglamento del CMP (El Comité de Educación Médica y Especialización Profesional forma parte de los comités asesores permanentes del Consejo Nacional del CMP (D.S. 101-69-SA, DOEP, estatuto del CMP) y es el encargado de conocer, informar y actuar en todos los asuntos relacionados con la enseñanza médica en general y con la especialización en particular). El médico especialista deberá inscribirse en el Consejo Regional correspondiente y en el Consejo Nacional del CMP. La solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Especialistas del CMP debe realizarse en formato impreso, acompañado del título de médico cirujano, título de especialista y constancia de habilidad (también se debe estar al día en las cuotas periódicas del CMP)».

sí solo, es prueba suficiente de idoneidad; por tanto, la capacidad del profesional no debe ser discutida nuevamente en cada caso.

Es indudable la importancia de la exigencia de un título universitario para el ejercicio profesional del médico. En primer lugar, porque el título profesional constituye una prueba de todos los estudios realizados y conocimientos adquiridos por el médico egresado; luego, porque es un elemento de salvaguardia de la salud pública, al establecerse como requisito para el desarrollo de una actividad propia de la medicina; y finalmente porque en muchos casos el haber obtenido el título configura un agravante al momento de establecer la responsabilidad penal. Resulta obvio que si cualquier persona ejerciera una profesión —sea cual fuere esta—, sin los debidos títulos o requisitos, ello, de por sí, constituiría un peligro para la sociedad en su conjunto, lo que se vería notablemente agravado si esta persona desempeñara actividades en el ámbito de la salud.

La importancia del título profesional se ve reflejada en el hecho de que el legislador ha decidido incorporar como delitos, dentro del Código Penal Peruano, a las siguientes conductas:

> Artículo 290.- «Ejercicio ilegal de la Medicina. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, el que, careciendo de título, realiza cualquiera de las acciones siguientes:
>
> 1. Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito.
> 2. Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1».

> Artículo 291.- «Ejercicio malicioso y desleal de la profesión médica o de oficio sanitario. El que, teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas».
>
> Artículo 363.- «Ejercicio ilegal de la profesión. El que, con falso título o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años».
>
> Artículo 364.- «Encubrimiento de ejercicio ilegal. El profesional que ampara con su firma el trabajo de quien no tiene título para ejercerlo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 360, incisos 1 y 2».

El diploma no es un carné de irresponsabilidad, pues solo da derecho a ejercer la medicina.

Cabe mencionar que en el Perú, el obtener el título profesional médico no es el único requisito para el ejercicio de la profesión, sino que además se exige la colegiación, y en el caso de médicos especialistas, la inscripción en el Registro Nacional de Especialistas del Colegio Médico del Perú (además de haber realizado previamente el Servicio Rural y Urbano-Marginal de Salud-SERUMS y de haber seguido estudios de postgrado a través del Sistema Nacional de Residentado Médico).

27.37.4.1.4. Del ejercicio de la actividad médica solo emana un deber moral, mas no una responsabilidad jurídica

Este argumento proviene de una decisión de la Academia de Medicina de París, la cual, en 1829, proclamó la exclusiva responsabilidad moral de los profesionales del arte de curar.

Es indudable que la responsabilidad moral y la ética son los pilares de la preparación y, posteriormente, del ejercicio de todo profesional —y en especial— del profesional médico. Sin embargo, esta no es la única forma de responsabilidad a la que está sujeto el médico, sino que también se encuentra expuesto a una responsabilidad de tipo jurídico, como señaláramos anteriormente.

Sería contrario al Derecho Natural y al Derecho positivo sostener la irresponsabilidad jurídica absoluta de los médicos. Si bien en otros tiempos se consideraba al médico un ser sobrenatural y, por tanto, no se le imputaba culpa alguna, para posteriormente atribuirle solo una responsabilidad moral, en la actualidad, dado el avance de la tecnología y los descubrimientos científicos, objetivamente confirmados, y considerando el adelanto de los mecanismos de composición, es imposible que exista circunstancia en la que se pretenda negar la responsabilidad jurídica por un daño efectivamente causado.

Como anota Acosta, «No es posible que exista una profesión que esté regulada por los principios de la irresponsabilidad por el daño o perjuicio causado a otra persona».[1706]

Ello solo promovería la abulia científica y la consumación de atrocidades.

27.37.4.1.5. Usualmente las acciones por responsabilidad tienen por único objeto obtener una ventaja pecuniaria de un acontecimiento desgraciado

Se afirma que en la mayoría de procesos por responsabilidad lo único que se pretende es obtener una ventaja pecuniaria, por parte del paciente o de sus familiares, aprovechándose de su desgraciada y dolorosa situación acaecida. De tal manera que el mejor remedio a esta si-

[1706] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 47.

tuación consiste en rechazar toda demanda en la que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad de un facultativo.

No obstante, consideramos que esta argumentación debe ser descartada, dada la evolución del concepto de responsabilidad. Considerando la evolución histórica del fundamento de la responsabilidad civil, se sabe que, en un primer momento, autocompositivo, la fuerza era el único medio imperante para la defensa de los derechos.

Posteriormente, la agrupación de los hombres en sociedad fue creando mecanismos heterocompositivos, que van desde la Ley del Talión hasta llegar, en nuestros días, a la indemnización por daños y perjuicios.

Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, el artículo 1331 del Código Civil establece que «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Queda entonces establecido que quien causa un daño debe repararlo, y está fuera de lugar, sin duda, sostener que el perjudicado, al solo tener un interés pecuniario, no goza del derecho a alegar la responsabilidad de quien corresponda, en este caso de un profesional de la salud.

27.37.4.1.6. El poder jurisdiccional carece de conocimientos suficientes para juzgar la conducta de un profesional médico

Se estima que los jueces y abogados no están capacitados para opinar sobre temas médicos, dado que no han sido formados ni preparados en este tipo de aspectos científicos y, por tanto, no son los más idóneos para identificar los errores cometidos por los médicos en el ejercicio de su profesión.

Si bien es cierto que los hombres de Derecho no poseen los conocimientos técnicos y científicos suficientes para apreciar debidamente el quehacer médico —y dentro de este los errores que se cometan—, es claro que sucede algo similar en cada ocasión en que la jurisdicción debe resolver acerca de una cuestión ajena a su disciplina habitual. Como sostiene Acosta: «Al impedir que el médico sea juzgado por un tribunal ordinario de justicia, pues el juez no tiene suficientes conocimientos médicos, también debiera impedírsele, por ejemplo, que juzgara un problema de indemnización de perjuicios por daños causados a la carga en un buque, ya que el tribunal no es capitán de alta mar para que sepa cómo se debe estibar una carga. Con este argumento podríamos llegar a hacer letra muerta una excelente disposición constitucional que permite recurrir de protección, a la Corte de Apelaciones cuando el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado, ya que los Ministros de la Corte no son ecólogos para que puedan establecer científicamente si el derecho tutelado ha sido efectivamente lesionado».[1707]

Por esta razón resulta frecuente que se recurra a los exámenes periciales[1708] en los procesos sobre responsabilidad médica.

[1707] *Ibidem,* pp. 46 y 47.

[1708] Sostiene Yungano en su libro Responsabilidad Profesional de los Médicos (*Op. cit.*, p. 285), respecto de la pericia, lo siguiente:

27.37.4.1.7. Aceptar la responsabilidad médica significaría un perjuicio para los propios enfermos

Se argumenta que el aceptar el principio de la responsabilidad de los médicos puede constituir un perjuicio para los propios enfermos, en el sentido que en ocasiones es necesario aplicar técnicas nuevas —y por tanto más riesgosas de lo habitual—, y el facultativo no se atreverá ni siquiera a aconsejarlo, a pesar de que podría traerle grandes beneficios al paciente, pues no deseará exponerse a un futuro proceso por responsabilidad.

Con respecto a este tema, Lacassagne[1709] sostiene: «Agitada frecuentemente la cuestión de la responsabilidad, ella llegará a ser, en efecto, el más grande disolvente de la profesión médica; un régimen de terror ocasionará el método de la prudencia sospechosa, de la expectativa sistemática y, a veces, de vergonzosos abandonos».

Por su parte, Baudry-Lacantinerie y Wahl señalaban que la responsabilidad «cortaba toda posibilidad de progreso en la medicina, que debe marchar a base de experiencia continua; se arriesga a amilanar a los médicos que por temor de comprometerse habrán de evitar

«El médico como perito cumple en los juicios donde se cuestiona la responsabilidad profesional de un colega un rol de prioritaria importancia.
Si bien la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser valorada en todos los casos por el juez, quien se transforma así en 'el perito de los peritos', dada la índole del problema sometido a la prueba, el juzgador siempre la considera trascendente.
Cuando surgieren dudas o cuando los argumentos y conclusiones no le resultan convincentes solicita las pertinentes aclaraciones, la ampliación del informe o recurre al nombramiento de nuevos expertos.
Para estimar la fuerza probatoria del dictamen, el juez considera la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca, de acuerdo a las propias prescripciones procesales».

[1709] Lacassagne, citado por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 47.

cualquier tratamiento que no implique la seguridad de mantener su responsabilidad personal a salvo».[1710]

Sin embargo, consideramos que el aceptar la responsabilidad médica no atenta contra la iniciativa del médico ni su afán científico, sino que, por el contrario, impulsará a los médicos poco cuidadosos a tener presente las consecuencias que puede traer su falta, y todo esto resultará en la consolidación de la buena reputación de la profesión médica.

El temor a incurrir en responsabilidad no será jamás un obstáculo para el progreso de la ciencia médica. Más bien estimulará al profesional médico a ejercer con mayor dedicación y a realizar un esfuerzo por mantenerse informado.

Por otra parte, y dado que son necesarias tanto la investigación como la experimentación para el progreso de la ciencia médica —y en general de cualquier ciencia—, nos preguntamos: ¿debemos proscribir todo tipo de experimentación, cualesquiera que sean los riesgos involucrados?, ¿debemos permitirlos solo en cuanto no signifiquen un riesgo considerable para la salud del individuo?, ¿admitirlos seleccionando qué experiencias estarán permitidas y cuáles prohibidas en función de objetivos relevantes de interés general?, o acaso ¿permitir todo tipo de investigación, cualquiera fuere su objetivo, sin limitación alguna? La respuesta resulta obvia. Lo inocuo sería permitir la experimentación en función a objetivos relevantes para la sociedad, delimitando la responsabilidad no solo ética, sino también jurídica, evaluándose cuidadosamente los riesgos previsibles y las ventajas, tanto para el individuo sujeto del experimento como para los demás participantes directos o indirectos del mismo.[1711]

[1710] Baudry-Lancantinerie y Wahl, citados por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 48 y 49.

[1711] Declaración de Helsinki de la 18ª. Asamblea Médica Mundial sobre Principios Éticos para las Investigaciones Médicas en Seres Humanos (1964) y enmiendas.

27.37.4.1.8. Teoría intermedia

Dentro de esta teoría se ubican a la vez dos corrientes frente a la responsabilidad médica.

27.37.4.1.8.1. Solo responsabilidad civil

Esta corriente reconoce la procedencia de la responsabilidad civil, mas no acepta la responsabilidad penal. Según Acosta, este planteamiento tiene como autores a Lechopie y Floquet, los cuales no agregan mayores argumentos.

Es innegable que esta tesis debe ser rechazada, pues quedarían fuera los hechos delictivos cometidos por el médico como cualquier ser humano (delitos de sujeto indiferente o delitos comunes) y también los que hemos llamado delitos del médico, cometidos considerando su condición profesional como característica indispensable para que se configure el delito. Esta tesis excluye también a los delitos culposos que son justamente la circunstancia jurídica más habitual en lo que respecta a la responsabilidad penal médica.

27.37.4.1.8.2. Se responsabiliza a los médicos solo cuando han procedido con dolo, mala fe o culpa lata

Señala Ormeño que esta teoría es parte y consecuencia de la que anotamos en primer lugar, por cuanto se podrá discutir si se persigue o no la responsabilidad por los actos profesionales deficientes pero lícitos, mas nadie podrá pretender que la primera teoría, de la irresponsabilidad absoluta, cubra aun los casos de dolo.

Uno de los pilares de esta corriente es de tipo histórico, señalando sus autores que el antiguo Derecho consagró la irresponsabilidad médica a menos que hubiera dolo de parte del médico, caso en que existía un delito común.

Sin embargo, el argumento histórico se destruye fácilmente con otro de carácter igualmente histórico, ya que la responsabilidad ha existido siempre, y no solo se ha condenado ante la existencia de dolo, sino también en muchos casos de actuar culposo. Como hemos señalado oportunamente, ya desde los tiempos del Código de Hammurabi, la falta de prudencia podía acarrear al profesional graves sanciones e incluso la muerte.

De otro lado, existen documentos fidedignos en donde se proclama la responsabilidad médica intermedia, como es el caso del dictamen de la Academia de Medicina de París emitido a raíz del proceso seguido contra el Doctor Thouret Neroy (1832 ó 1835). Este documento admite la responsabilidad cometida tanto por delitos dolosos como por delitos culposos graves: «...el principio de la responsabilidad médica, una vez admitido, vuelve imposible el ejercicio libre, concienzudo, progresivo y útil del arte de curar y la humanidad va a quedar incesantemente en peligro. El médico se verá en la alternativa, o de entregarse a una funesta inacción y entregar los enfermos a los progresos ciertos de sus males, o de tantear medicaciones, operaciones saludables, sin duda, pero tales que, en ciertos casos que no se pueden calcular ni prever, podrán comprometer su honra, su reputación o su fortuna. Obsérvese, sin embargo, que no se trata aquí de ningún modo de poner obstáculos a la acción de las leyes contra los médicos, en cuanto los actos adolezcan de inadvertencia, mala fe, intención culpable o error criminal. Es evidente que en todos los malos hechos que no puedan atribuirse razonablemente a las incertidumbres de la ciencia y a las dificultades del arte, deben ser reprimidos los médicos; lo demás, sólo puede juzgarlo la opinión pública...».[1712]

Los seguidores de esta corriente sostienen que debe hacerse una distinción capital: o bien el médico ha faltado a las reglas de prudencia que se imponen a toda persona, y en este caso es responsable según el Derecho común, de tal forma que toda culpa en que haya incurrido lo obliga a reparar; o bien el médico ha transgredido las reglas de orden científico delimitadas por la ciencia médica, pasando a denominarse culpa profesional, y en consecuencia no responde más que por culpa lata.

[1712] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 58.

Esta es, obviamente, la posición más aceptada entre los médicos; sin embargo, esta teoría reduce fuertemente el campo de acción de la responsabilidad a los delitos dolosos y excepcionalmente a casos de culpa lata, dejando de lado aquellos supuestos en que ha existido culpa en cualquiera de sus formas, que, por lo demás, será lo más frecuente en materia de responsabilidad profesional.

27.37.4.2. Tesis de la responsabilidad amplia

Esta teoría exige la responsabilidad del médico cuando, en el ejercicio de su profesión, produce un daño interviniendo cualquier clase de culpa, ya sea en materia penal o civil.

No tiene cabida el distinguir, en la responsabilidad civil de los médicos, entre la culpa profesional y la culpa común. Por tanto, los principios generales relativos a la individualización de la culpa son perfectamente aplicables a la actividad del profesional médico. Ello, sin negar que en cada caso se debe analizar y valorar los componentes de la actividad específica que incumbe a cada profesional.

Como señala Mosset,[1713] «partimos de la admisión, sin lugar a dudas, de la responsabilidad médica. Es decir, que aceptamos que el médico, en el ejercicio de su profesión, pueda realizar actos que originan daños no justificados y merecer, como sanción, una condena civil a la reparación de tales perjuicios».

[1713] Mosset Iturraspe, Jorge, *Op. cit.*, p. 23.

Los tribunales franceses, en los supuestos de error común, como negligencia, imprudencia u omisión, han optado por responsabilizar al profesional; mientras que ante supuestos relacionados con el valor terapéutico o con la oportunidad de tratamiento han optado por la solución más fácil, la irresponsabilidad.

En Alemania también se ha condenado la imprudencia, impericia y negligencia.

En Argentina existen una serie de fallos que admiten la responsabilidad amplia de los facultativos. Los tribunales entienden que incurre en negligencia quien no proporciona al enfermo los cuidados adecuados, conformes con su buen criterio, con el estado de la ciencia y las reglas del arte.

En cambio, la jurisprudencia italiana vuelve a la segunda teoría de responsabilidad. Para ella, el problema gira en torno a la fórmula «problemas técnicos de especial dificultad», de modo tal que el facultativo solo es responsable en caso de dolo o culpa grave.

En Inglaterra y los Estados Unidos de América, donde la libertad profesional está muy extendida, se acepta la responsabilidad amplia de los profesionales médicos. Lo mismo sucede en Suiza.

En nuestra jurisprudencia se puede apreciar la aceptación de la teoría de la responsabilidad amplia de los médicos, en virtud de la cual el facultativo responde no solo por haber cometido una falta no técnica (imprudencia o negligencia), sino por cualquier acto profesional.

27.37.5. Responsabilidad civil médica

Hemos dicho que el médico está sujeto a una responsabilidad jurídica de tipo civil, la misma que puede ser contractual o extracontractual. Mucho se ha debatido respecto a la génesis contractual o aquiliana de la responsabilidad médica, y hasta el momento subsisten

diferentes opiniones al respecto. A continuación analizaremos las características de ambos tipos de responsabilidad.

27.37.5.1. Responsabilidad contractual

27.37.5.1.1. Existencia de relación contractual entre médico y paciente

Se ha discutido acerca de la existencia de la relación contractual en la atención que brinda un médico a un paciente, dando origen a dos teorías: la teoría de la no responsabilidad contractual y la teoría de la responsabilidad contractual.

Esta distinción no es ociosa, pues reviste no solo importancia doctrinaria sino también fáctica, ya que de acuerdo con la tesis que prevalezca serán muy distintas las consecuencias que se deriven, si se tiene en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece el Código Civil, a saber:

(a) El deudor, en la responsabilidad contractual, solo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o por culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

    En la responsabilidad delictual existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, esto es el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para imponer al agente el deber de la reparación.

(b) En la responsabilidad contractual, el deudor que incurre en culpa leve solo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al constituirse la obligación; el deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

    En la responsabilidad delictual el victimario responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos y está obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de las legislaciones de nuestra tradición jurídica, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

(c) Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, son nulas tanto en las obligaciones contractuales, como en la responsabilidad delictual (artículos 1328 y 1986 del Código Civil).

(d) La indemnización de daños y perjuicios por inejecución de las obligaciones contractuales consiste usualmente en una suma de dinero, pero nada se opone a que en virtud de una cláusula penal se pacte cualquier otra prestación de dar o una de hacer o de no hacer.

La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

(e) El daño moral es susceptible de ser reparado tanto por inejecución de las obligaciones emanadas del contrato, como en las obligaciones extracontractuales (artículos 1322 y 1984 del Código Civil).

(f) La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183 del Código Civil).

En la responsabilidad delictual, si varios son los causantes del daño quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983 del Código Civil).

(g) La acción de daños y perjuicios derivados de la inejecución de un contrato prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1, del Código Civil), mientras que la acción indemnizatoria por

responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001, inciso 4, del Código Civil).

27.37.5.1.1.1. Teoría de la no responsabilidad contractual

En Francia, la doctrina y jurisprudencia anteriores al año 1936 sostenían que la responsabilidad civil del médico era de carácter extracontractual, con fundamento en los artículos 1382 y 1383 del Código Napoléon.[1714]

Fue recién a partir de la decisión de la Cámara Civil de la Corte de Casación, de fecha 20 de mayo de ese año, en el caso de los esposos Mercier, que se marcó un hito y se determinó un cambio de rumbo en el pensamiento jurídico, tornándose la tesis contractualista en la regla genérica de evaluación del deber de responder.[1715]

Aubry y Rau[1716] sostenían que los actos que dependen de una profesión literaria, científica o artística, no pueden constituir el objeto de un contrato: «Así, el convenio hecho por un médico para tratar a un enfermo, o por el abogado para defender una causa, no engendra contra ellos ninguna acción contractual, salvo la responsabilidad a la que pueden estar sometidos, en virtud de los artículos 1382 y 1383». Y continúan «Tales actos (los actos profesionales), considerados en sí mismos, son inestimables y no constituyen, según sus caracteres principales, más que un hecho obligatorio de parte de aquel

---

[1714] Artículo 1382.- «Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual haya sucedido».
Artículo 1383.- «Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por sus hechos, sino también por su negligencia o por su imprudencia».

[1715] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, p. 134; Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 76; Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 51; Yungano, Arturo et al., *Op. cit.*, p. 34.

[1716] Aubry y Rau, citados por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*

que los ha prometido. El sentido moral, como los principios de parte del derecho, condenarían la pretensión de aquel que deseara reclamar daños y perjuicios por la inejecución de una promesa de esa naturaleza».

Demogue,[1717] por su parte, justifica la naturaleza extracontractual de la responsabilidad médica invocando el hecho de que ese profesional goza de independencia en la ejecución de los contratos, que le dan simplemente la posibilidad de emplear su libertad en cierta forma, de manera que, haciendo mal uso de ella, surge la culpa aquiliana.

En Argentina, Borda, de igual manera, cree que la obligación de reparar tiene un origen aquiliano. Sostiene el citado profesor que si se sigue una dirección contractualista, pero al propio tiempo se acepta que en algunos supuestos el deber de responder es delictual, se estaría juzgando con reglas y conceptos jurídicos diversos una responsabilidad idéntica. Señala que la responsabilidad que pesa sobre el médico que atiende a un paciente en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que examina al obrero de una compañía o interviene quirúrgicamente al accidentado sumido en un estado de inconciencia. Entonces, la responsabilidad así vista es legalmente la misma, sin atención a que tenga o no origen en un contrato, y que estaría impuesta por las obligaciones derivadas del ejercicio de la medicina.[1718] El deber de responder surgirá de las obligaciones que impone el ejercicio mismo de la medicina, exista o no contrato.

[1717] Demogue, René, citado por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*

[1718] Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 62-64. Citado por Bueres, Alberto, *Op. cit.*, tomo II, pp. 137 y 138.

En suma, durante un primer período la doctrina y jurisprudencia se resistieron a considerar a la relación médico-paciente como de índole contractual, arguyendo a su favor las siguientes razones:[1719]

- Con la salud y la vida humana no se puede llegar a ninguna transacción, base del contrato.
- Los servicios médicos, dada su naturaleza intelectual, no son considerados susceptibles de ser contratados.
- Los deberes del médico están impuestos por normas legales, que conforman el estatuto de la profesión médica (y por tanto no pueden nacer de un contrato), y en caso de inobservancia, lo hará incurrir en responsabilidad extracontractual con fuente en la ley.
- El médico goza de independencia, dada la índole liberal de su profesión y, por tanto, un mal desempeño lo hace incurrir en culpa aquiliana.
- No es posible juzgar con reglas distintas una responsabilidad idéntica.

27.37.5.1.1.2. Teoría de la relación contractual

Josserand fue quien proclamó, por primera vez, la naturaleza contractual de la relación médico-paciente, en una ponencia ante la Cámara Civil.

Esta tendencia acabó por afirmarse definitivamente, como ya señalamos, después del famoso fallo de 1936 en el caso de los esposos

[1719] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 78; Yungano, Arturo et al., *Op. cit.*, p. 33; Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 52.

Mercier,[1720] según el cual entre médico y paciente se forma un verdadero contrato, que si bien no implica la obligación de curar al enfermo, crea al menos la de prestarle cuidados, generando su incumplimiento una responsabilidad también contractual.

[1720] En 1925, la señora Mercier, que sufría de una afección nasal, consultó a un especialista que la remitió a un radiólogo de Marsella, quien realizó un tratamiento dividido en dos series de cinco aplicaciones cada una, apareciendo luego una radiodermitis en la cara a raíz de lo cual los esposos Mercier entablaron acción indemnizatoria por 2'000,000 francos, cuatro años después. Ante el Tribunal Civil de Bouches-Durhone, el médico admitió que la falta constituía un delito –lesiones por imprudencia– por lo que la acción civil seguía la suerte de la acción penal que había prescrito a los tres años. El tribunal rechazó tal postura el 5 de mayo de 1930, pues consideró que la prescripción trienal no concernía a la acción civil que, basada sobre contrato anterior, no tiene su causa exclusiva en infracción a la ley penal, estimándose que la acción derivaba de un contrato de locación de servicios.
Llevado el caso en apelación ante la Corte de Aix, se confirmó la sentencia, atento a que la prescripción penal no extingue la acción civil sino cuando esta tiene por único fundamento el delito por el cual se pide reparación, pero no cuando la acción tiene su presupuesto en un contrato previo y la falta del médico en el curso del tratamiento constituía una falta contractual, siendo de aplicación, por lo tanto, la prescripción treintenal del derecho común. El médico llevó el caso ante la Corte de Casación, sosteniendo entre otros argumentos que «en cuanto el fallo atacado ha rehusado aplicar la prescripción penal de tres años a la acción de responsabilidad intentada por los esposos Mercier, bajo el pretexto que la acción encontraba su fundamento en el no cumplimiento de una pretendida obligación contractual que obligaba al médico a prestar cuidados a tal punto asiduos, esclarecidos y prudentes, que cualquier falta, inhabilidad, negligencia o imprudencia por parte del médico constituía una violación de su obligación contractual, siendo que el contrato que puede existir entre médico y enfermo no apareja, a falta de otra precisión, sino la obligación de prestar cuidados en cambio de honorarios y no puede implicar ningún seguro contra cualquier accidente involuntariamente causado». La Corte de Casación confirmó el fallo de la Cámara de Aix y sostuvo que entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que implica para el profesional la obligación, sino de curar al enfermo, lo que por otra parte no ha sido nunca alegado, por lo menos de proporcionarle cuidados, no cualesquiera, sino concienzudos, atentos y reserva hecha de circunstancias excepcionales, conformes con las últimas adquisiciones de la ciencia; que la violación aun involuntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual; que la acción civil que hace efectiva tal

Mazeaud-Tunc, Colin, Capitant, Savatier, Planiol y Soudart participan de la idea que la relación médico-paciente no se encuentra, por regla general, dentro del marco de la responsabilidad contractual.

Bustamante Alsina,[1721] por su parte, señala que es equivocado sostener que la responsabilidad del médico es siempre extracontractual; opina que esta corriente doctrinaria estaría confundiendo la fuente de la obligación con la obligación misma. En este sentido, manifiesta que no hay discusión en cuanto a que la obligación relativa a los deberes profesionales en sí mismos son idénticos en la esfera contractual que en la aquiliana, pero no puede desconocerse que el origen de la obligación se podrá encontrar en uno y otro régimen, aunque la culpa sea siempre la misma, conforme al concepto genérico e invariable que esta posee en nuestro Derecho.[1722]

A pesar, según se sostiene, de que no existen diferencias básicas entre los deberes profesionales del médico en cuanto tal, sea su obligación contractual o aquiliana, ello no oculta el hecho de que si los servicios fueron prestados a requerimiento del paciente, habrá un vínculo contractual. Y, en consecuencia, sería antojadizo considerar que, de un lado, el facultativo tiene derecho a percibir sus honorarios en virtud del nexo convencional y a sostener, de otro, que asiste al paciente el derecho a reclamar una indemnización por daños basándose en principios jurídicos de una fuente distinta.[1723]

---

responsabilidad tiene así una fuente distinta del hecho constitutivo de la infracción a la ley penal y encuentra su origen en la convención anterior, escapando, por ende, a la prescripción trienal. De este modo, el fallo sitúa en adelante, la responsabilidad médica dentro del ámbito contractual. (Yungano, A. et al., *Op. cit.*, p. 34).

[1721] Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil. Op. cit.*, pp. 393 y 394.

[1722] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

[1723] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, pp. 138 y 139.

Puede afirmarse que actualmente la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente como de naturaleza contractual, y solo excepcionalmente extracontractual. Es imposible desconocer la existencia de un daño que tenga su origen en un obrar culpable fuera del vínculo contractual.[1724]

Ducci —refiriéndose a la dificultad que puede existir en muchos casos de responsabilidad para establecer si es de tipo contractual o extracontractual— expone «que la cuestión estribará en determinar si el profesional ha cometido un delito o cuasidelito o solo ha dejado de cumplir una obligación contraída con el cliente...»; «...en el segundo caso, se tratará de una situación de responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato...».[1725]

Distintos autores coinciden en señalar que configuran como supuestos puntuales de responsabilidad extracontractual, los siguientes:[1726]

(a) Servicios médicos requeridos por un tercero, familiar o amigo del paciente (otra corriente sostiene que en esta hipótesis podría configurarse un mandato), o en nuestra opinión, un contrato en favor de tercero.[1727]

(b) Atención médica espontánea, por accidentes en la vía pública. La fuente de la obligación es la ley; el imperativo legal está

[1724] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 54.

[1725] Ducci, citado por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 80.

[1726] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 54.

[1727] Al respecto, Yungano considera que en este supuesto la responsabilidad es de carácter contractual, pues el contrato se forma con la voluntad anticipada del tercero o representante (Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, p. 36).

dado por el artículo 127 del Código Penal que tipifica el delito de abandono de persona.[1728]

(c) Asistencia profesional brindada en contra de la voluntad del paciente (atención al suicida, negativa a recibir transfusión sanguínea, etc.).[1729]

(d) Cuando el médico, en ejercicio de la profesión, incurre en un delito propio del Derecho Penal.

(e) Cuando el médico actúa en virtud de un imperativo legal en tal sentido.

(f) Atenciones médicas de urgencia en general (Ley General de Salud, artículo 3), o bien emergencias relacionadas con un menor o un incapaz sin autorización del representante legal.

Sin embargo, una corriente minoritaria[1730] considera que la responsabilidad galénica es necesariamente contractual y que estos supuestos han sido juzgados inadecuadamente como extracontractuales, pues siempre existirá una voluntad tácita anticipada del paciente, por la cual, en caso de peligro, la persona aceptará ser asistida médicamente.

[1728] Este supuesto también es catalogado por Yungano como uno de responsabilidad contractual, argumentando que cuando el médico presta sus servicios a alguien que se ha desmayado en la vía pública o ha sido atropellado y está en estado inconsciente o de shock, piensa que actúa en virtud de su deber legal fundado sobre su juramento profesional, lo que generaría una obligación *ex lege*, o bien en virtud de una voluntad tácitamente anticipada, según la cual en caso de accidente la persona aceptará los servicios del médico que ocasionalmente la asista (*Ibid.*, pp. 35 y 36).

[1729] De manera similar al supuesto anterior, Yungano sostiene que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual: «Si se admite que en el suicida hay una alteración de la conciencia, nada obsta para aceptar que aquella manifestación tácita anticipada de voluntad existía en el momento de normalidad mental o bien que se trataría de una obligación *ex lege* por parte del médico». (*Ibid.*, p. 36).

[1730] *Ibid.*, pp. 36 y 37.

De acuerdo con esta tesis la responsabilidad delictual del profesional quedaría solo configurada a través de actos ilícitos y sin perjuicio de una posible acumulación de responsabilidades: incumplimiento contractual, de un lado, e ilícito penal, del otro; con la consiguiente opción para la víctima de elegir la acción —civil o penal— de la reparación más adecuada.[1731]

Si bien el paso de la responsabilidad del médico, del campo de lo ilícito al campo contractual se consideró beneficioso para los enfermos, quienes son las víctimas directas del daño injusto (en razón de que en los contratos, en caso de incumplimiento, se presume la culpa), creemos que resulta innegable la existencia de supuestos —como los ya mencionados— en que la responsabilidad será de naturaleza extracontractual por no nacer de un acuerdo de voluntades.

La jurisprudencia nacional no se ha pronunciado a favor de ninguna de las dos teorías, contractual o extracontractual, reservándose para cada caso la valoración de los hechos y circunstancias que lleven a encuadrarla dentro del tipo de responsabilidad que corresponda.

27.37.5.1.2. Requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica

El profesional médico, afirma Acosta,[1732] presta servicios en virtud de un contrato, el mismo que se genera, la mayoría de veces, tácitamente, ya que desde el momento en que el profesional acude al llamado de una persona, es porque tiene la intención de prestarle sus servicios, caso en el cual el médico contrae una obligación de hacer. Si la persona que requiere sus servicios le promete, a cambio, una remuneración, se formará entonces un contrato bilateral: el médico contrae una obligación de hacer mientras que la persona que lo llama, una de dar.

[1731] *Ibidem.*

[1732] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 85 y 86.

Puede, entonces, en el transcurso de la ejecución del contrato, surgir un incumplimiento de las obligaciones asumidas por alguna de las partes, ya sea que se trate de un incumplimiento total, de un cumplimiento parcial, de un cumplimiento defectuoso o de un cumplimiento tardío de la respectiva obligación, casos en los cuales se originará, en virtud del contrato preexistente, la denominada responsabilidad contractual.

Definiremos a la responsabilidad contractual médica como aquella que se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación que nace en virtud de un contrato médico-paciente, o por haberse cumplido en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.

La responsabilidad contractual implica la reunión de ciertas condiciones necesarias para su nacimiento. Por tanto, para que la víctima del daño originado en el incumplimiento de la obligación tenga derecho a un resarcimiento, se precisa la concurrencia de una serie de condiciones que analizaremos a continuación.

27.37.5.1.2.1. La existencia de un contrato

Si no existe un contrato celebrado con anterioridad al daño, no se puede hablar de responsabilidad contractual.

27.37.5.1.2.1.1. Definición del contrato médico

El Código Civil, en su artículo 1351, define el contrato como «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

De la Puente[1733] precisa el concepto de este artículo, manifestando

[1733] De La Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en General. Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, p. 52.

que el contrato «es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial».

Para el caso del contrato médico, las partes de la relación jurídica están conformadas por el médico y el paciente.

El médico es aquella persona que se halla legalmente autorizada para ejercer la medicina.[1734]

El paciente es aquella persona que sufre un padecimiento físico o psíquico, una alteración de la salud, y que recurre a un determinado facultativo.

El contrato médico —como se verá más adelante— es básicamente un contrato constitutivo.

Las obligaciones que se crean consistirán, por parte del médico, en prestar servicios de atención de salud en forma diligente[1735] y, por parte del paciente, en retribuir —habitualmente— dichos servicios mediante el pago de honorarios.

En conclusión, podemos definir el contrato médico como aquel acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto, por lo general, crear

[1734] Conforme lo señala el artículo 22 de la Ley General de Salud que a la letra dice: Artículo 22.- «Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley».

[1735] Debemos recordar que la obligación del médico no será siempre curar. A tal efecto, remitimos al lector a nuestras consideraciones en torno al tema de las llamadas obligaciones de medios y de resultados.

entre sí obligaciones recíprocas. El médico se obliga a prestar al paciente sus servicios profesionales en forma diligente, y el paciente se obliga, por lo común, a pagar una retribución por dichos servicios.

27.37.5.1.2.1.2. Calificación del contrato médico

Hemos señalado que la opinión doctrinaria dominante —a la cual nos sumamos— sostiene que la relación médico paciente es de tipo contractual. Empero, la doctrina no es pacífica al momento de encuadrar jurídicamente el contrato médico dentro de las figuras contractuales típicas o atípicas del Derecho Civil.

A continuación haremos mención de las diversas teorías que existen al respecto.

27.37.5.1.2.1.2.1. Teoría del mandato

Esta teoría ha sido sostenida, entre otros, por Pothier, Marcadé, Duranton, Troplong, Huc, Dernburg y Marty.[1736]

En el Derecho Romano —como señaláramos en el Capítulo respectivo— se realizaba una diferenciación entre las actividades intelectuales y las serviles. Por entonces el profesional gozaba de ciertos privilegios, de un estatus que le hacía considerarse indigno de remuneración alguna. El contrato de mandato era un contrato gratuito.

En consecuencia, se consideraba que por ser el vínculo entre médico y paciente uno, esencialmente, de confianza, el enfermo «encargaba» su salud al galeno, y en ese «encomendar» la integridad psicofísica se veía reflejada el mandato.[1737]

[1736] Citados por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 92.

[1737] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 58.

Las principales críticas a esta posición se fundamentan en que no es exacto que la actividad intelectual no sea susceptible de ser valorada económicamente; que en la actualidad es rentada por regla, y que no es esencia del contrato de mandato la gratuidad.

Conjuntamente con Bueres[1738] descartamos que se trate de un contrato de mandato, pues el médico no representa al paciente, sino que ejerce su profesión y obra a su propio nombre, aunque en provecho de otro y, sobre todo, porque el mandato tiene por objeto actos jurídicos, mientras que la relación médico-paciente involucra actos inherentes al ejercicio profesional.

27.37.5.1.2.1.2.2. Teoría de la prestación de servicios

La doctrina mayoritaria se inclina por ubicar a la relación médico-paciente dentro de la locación de servicios, de tal forma que el médico se compromete a prestar sus servicios, que consisten en asistir y tratar al paciente con la prudencia, diligencia y pericia que las reglas de la ciencia indican, mas no promete curar. De otro lado, el paciente se compromete a cumplir con el pago de los honorarios que la atención médica devenga.

No obstante, cabe señalar que, a diferencia de nuestra legislación, para muchas otras la locación de servicios supone la subordinación del locador. El médico, como locador, pone a disposición del paciente, comitente, sus servicios profesionales, faceta esta en la que se presenta la subordinación, lo que no se ajustaría a la realidad de la relación médico-paciente, pues sería ilógico que el enfermo impartiera instrucciones al médico respecto de cómo diagnosticar o acerca del tratamiento a seguir.

[1738] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, p. 145.

27.37.5.1.2.1.2.3. Teoría de la locación de obra

Otra corriente de pensamiento sostiene que el contrato médico es una locación de obra. En este contrato, una de las partes, el contratista, se obliga a producir un resultado de trabajo, es decir una obra, y la otra parte, el comitente, a pagar una remuneración, entendiendo por obra todo el resultado a producir por la actividad o el trabajo,[1739] lo que en términos de Demogue —que no compartimos— configuraría una obligación de resultado.

Esta corriente ha sido seguida por escasa jurisprudencia, pues se sostiene que el médico no se obliga a curar, a manera de *resultado,* sino solo a procurar los *medios* para que ello pueda ocurrir. En consecuencia, no se trataría de un contrato de obra, por no ser la obligación pactada una de resultado.

Respecto de este tema nos parece importante reproducir la opinión de Bueres:[1740]

> En efecto, no cuestionamos que en la mayor parte de los casos la obligación asumida por el médico frente al paciente es de *medios*, dado que el primero sólo promete atender al último con prudencia y cuidado. Por excepción, en esa actividad está en juego una prestación de resultado (v. gr., el supuesto de los médicos anatomopatólogos o biólogos, referido a los análisis de laboratorio que no presentan riesgos en punto a la precisión técnica; el de las intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza o de cirugía estética).
>
> Pero de ello no cuadra concluir, necesariamente, que el *objeto* —o sea, la *materia*— del contrato de locación de obra —*locatio conductio operis*— tenga que consistir en un *hecho objeto* de una *prestación* asumida en una

[1739] Enneccerus citado por Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, p. 92.
[1740] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, pp. 147-150.

obligación de *resultado*, pues bien puede suceder que esa actividad —o *hecho*— derive de una obligación de *medios*.

En tal sentido, Alsina Atienza, con su profundidad habitual, advierte que entre paciente y médico es factible la concertación de una locación de obra cuando, por un lado, hay una prestación de asistencia, tratamiento u operación (*opus*) y, por otra parte, un precio expresado en dinero. Ahora bien, ese *opus* puede implicar un resultado favorable (curación o alivio del paciente), como bien podría no involucrarlo en modo alguno. Es imposible sentar una regla general —añade el autor citado—: todo se reduce a interpretar la intención de las partes de acuerdo con las circunstancias. En esta dirección, resulta elocuente la síntesis de Enneccerus, continúa afirmando Alsina Atienza, según la cual en el contrato de locación de obra se promete el «resultado del trabajo» y en el contrato de locación de servicios, el «trabajo» como tal. Pero depende del contenido del contrato y del significado de las estipulaciones, el determinar qué *resultado* se ha querido: si solo el *resultado a producir inmediatamente en virtud de la actividad (por ejemplo la llegada a la estación del que toma un coche) o un resultado ulterior conexo* con aquel (alcanzar un determinado tren). En las prestaciones de *obra* cuyo *resultado* ulterior es completamente inseguro (operaciones peligrosas —y el suministro de asistencia médica común, *acotamos nosotros*—), cabrá suponer que solo se asegura el primer *resultado*, es decir, la ejecución técnica de la obligación con las debidas *prudencia* y *diligencia*, no prometiéndose, por ende, la curación o mejoría. En suma: una obligación de medios, desde que tales *medios* conforman aquí el *resultado* calificador del *opus*.

Bustamante Alsina es de esta creencia al referir, con aguda precisión, que entre el profesional de la medicina y el enfermo puede existir una locación de obra, si se interpreta que el *opus* no es un objeto material, sino la prestación del trabajo consistente en la «actividad diligente e idónea» sobre la base de las reglas de la medicina.

Rezzónico refuerza el mismo criterio, pues afirma, por ejemplo, que al efectuarse una operación riesgosa se promete el primer resultado, es decir, la buena ejecución técnica y no la curación o mejoría y, asimismo, a igual término llega Jorge Horacio Alterini —si interpretamos con fidelidad su pensamiento—, cuando expresa, refiriéndose al *opus*, que «hay que distinguir la producción de un resultado de la *eficacia* del mismo».

En relación a este tema recordamos nuestra opinión contraria, comentada oportunamente, respecto de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados, en la medida que todo deudor, cualquiera sea su profesión, se obliga a ejecutar una prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, y precisamente cumplirá dando, haciendo o no haciendo aquello a lo que se obligó. Medios y resultados son exactamente lo mismo, puesto que nunca podrá conseguirse un resultado sin el empleo de los medios necesarios. Para nosotros, los medios están indisolublemente ligados a los resultados. En las obligaciones consideradas de medios se promete un resultado que consiste en la correcta ejecución; mientras que el cumplimiento de toda obligación demandará siempre un medio que es la ejecución de la prestación. Esta constituye el cumplimiento propiamente dicho de la prestación y, por tanto, es en sí misma un resultado.

En el caso de la obligación del médico, la diligente atención de salud conforma a la vez medio y resultado. La curación del paciente es ajena a la obligación asumida por el médico.

En nuestra opinión, el contrato médico puede encajar tanto dentro de un contrato de locación de servicios, como dentro de un contrato de obra, dependiendo del supuesto del cual se trate. Y para hacer la distinción entre ambos tipos de contrato, habiendo negado la diferenciación entre las obligaciones de medios y de resultados, creemos que la forma más inocua sería la de guiarse por el sujeto productor del efecto final del trabajo ejecutado.

Si el efecto es consecuencia directa e inmediata, ya sea material o inmaterial, de la ejecución de la prestación por el deudor —en este caso el médico— el contrato será de obra. Es el supuesto de la colocación de una válvula protésica cardiaca mediante un acto quirúrgico, y salvando desde luego las distancias, ¿no nos recuerda acaso al contrato de obra consistente en la construcción de un paso al desnivel en las calles de Lima?

Por otro lado, si el efecto no es consecuencia directa e inmediata de la ejecución de la prestación del deudor, interviniendo factores ajenos a su prestación, el contrato será de locación de servicios. Esto ocurre, por ejemplo, en el supuesto en que el médico diagnostica una amigdalitis bacteriana e indica determinadas medidas y fármacos para su tratamiento. En este ejemplo, el efecto de la prestación, el alivio de los síntomas, no se logrará por una intervención directa del médico deudor, sino que dependerá de otros diversos factores, como son el sistema inmunológico del paciente, la virulencia del germen, la cobertura antibiótica del fármaco, etc.

En los contratos de obra, el efecto depende exclusivamente del trabajo del deudor; mientras que en los contratos de locación de servicios, si bien el efecto dependerá en gran parte del trabajo del deudor, este no será el único factor interviniente.

Corresponderá al juez evaluar las características de cada supuesto en particular, para determinar si se trata de un contrato de locación de servicios o de obra y, de acuerdo a ello, otorgarle los efectos que en caso de incumplimiento pudieran suscitarse para cada tipo de contrato.

27.37.5.1.2.1.2.4. Teoría del contrato sui generis, innominado o atípico

Esta corriente es sostenida por Pont, Garsonnet, Bru y Matter, quienes afirman que resulta imposible encuadrar los servicios médicos en un contrato determinado, no siendo posible su encuadramiento ni en

las locaciones de servicio ni en las de obra. En consecuencia, al no poder participar de las características de algún contrato típico, se arguye que el contrato que vincula al médico con el paciente es atípico o innominado, con una regulación jurídica propia.[1741]

Garsonnet explica que se trata de uno de «estos contratos innominados completamente válidos en el derecho francés, que obliga a todo lo que éste expresa y tácitamente ha convenido, y a todas las consecuencias que el uso y la equidad les dan, y a cuya ejecución una parte no podría sustraerse sin faltar a su palabra y a enriquecerse a costa de otra; de este contrato se desprenden derechos y obligaciones para el profesional y el cliente».[1742]

Sin embargo, al igual que Bueres,[1743] no descartamos que el vínculo entre el médico y el paciente derivará, en algunas ocasiones, en un contrato atípico, circunstancia que se presentará cada vez que el negocio de que se trate no encuentre una adecuada regulación de la ley, sea en forma expresa o por medio de remisión. Se entiende que en todos estos casos, la responsabilidad será de tipo contractual.

27.37.5.1.2.1.2.5. Teoría del contrato proteiforme o multiforme

Según esta corriente se trataría de un contrato proteiforme, multiforme, múltiple o variable, arguyendo que dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en las vinculaciones entre médico y paciente, cada supuesto examinado podrá ser un mandato, una locación de servicios, una locación de obra, o bien un negocio atípico o innominado.[1744]

[1741] Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 51; Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, p. 59; Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 100.

[1742] Garsonnet, citado por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, loc. cit.

[1743] Bueres, Alberto, *Op. cit.*, p. 154.

[1744] Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, p. 101.

Se sostiene, además, que las actividades profesionales tienen diversas facetas, siendo difícil fundirlas en una sola especie de contrato, sea esa especie nominada o innominada.[1745]

Llambías[1746] expresa que el contrato médico carece de autonomía, no siendo necesario poner un nombre al vínculo, pues es suficiente que el médico se obligue a prestar sus cuidados al enfermo, y este último a remunerarlo por su actividad, para afirmar que se trata de un contrato sinalagmático, perfecto, al que le son aplicables las normas que el Código Civil prevé sobre el efecto de los contratos.

27.37.5.1.2.1.3. Características del contrato médico

Analizaremos las características del contrato médico con la finalidad de distinguirlo de otros contratos.

Antes de abordar el estudio de dichas características, debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, y que dictaba en su Curso de Contratos, Parte General, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, además de la contenida en su obra «El Contrato en General», Primera Parte, Tomo I, Páginas 209 a 248, por considerar que se trata de la clasificación más completa de que tengamos conocimiento.

27.37.5.1.2.1.3.1. En cuanto al nombre[1747]

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o

[1745] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 101 y 102.

[1746] Llambías, Jorge Joaquín, citado por Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 59.

[1747] En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las expresiones de De la Puente (De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 197-199), cuando reflexiona acerca del tema. Recogemos sus palabras:
«Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato 'nominado',

entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio homónima*.
La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código civil italiano de 1865.
Es el Código civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su articulo 1322 que las partes pueden 'concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular...'. Se introduce así la denominación legislativa de contrato 'típico'.
Piensa Costanza que esta nueva fórmula en el lenguaje legislativo paga el precio de la originalidad al incurrir en una cierta oscuridad terminológica. La expresión 'contrato atípico', como opuesta a la de 'contrato típico', es muy comprometedora, pues depende, sobre todo, de la multiplicidad de significados que puede tener el término 'tipo'. Este es un vocablo prestado del lenguaje de la lógica y usado prevalentemente en las ciencias naturales y sociales. No se tiene en cuenta que, para hablar de tipos contractuales y de contratos típicos y atípicos, es necesario sobre todo una toma de posición, a fin de evitar equivocaciones y malentendidos en orden al significado del término en cuestión.
Sacco, por su parte, considera que el cambio de terminología es poco feliz, pues la doctrina ha acabado hace tiempo de referirse a la idea de la 'tipicidad' como característica de la función que se eleva a causa del negocio jurídico; hablar de 'tipicidad de los contratos' puede hacer creer que la asonancia de la palabra trae consigo un paralelismo de conceptos.
Otros aducen que el contrato que no tiene nombre depende a su vez del hecho de que el contrato no está sujeto a una disciplina propia. Esto ha llevado a Messineo a decir que tener un nombre en el sistema de la ley no basta, por sí solo, para hacer de determinado contrato un contrato nominado, ya que hay numerosos contratos que, previstos pero no disciplinados por la ley, son innominados, en sentido técnico, y no ya nominados, por más que tengan un nombre en la ley.
Frente a esta posición se yergue la que sostiene que la distinción entre contratos típicos y atípicos no corresponde a la distinción romana entre contratos nominados e innominados. En el Derecho romano, la categoría de contratos innominados era admitida en la fase de formación del contrato. En el Derecho moderno la formación de los contratos típicos se justifica como aplicación de los principios de libertad de obligarse y de consensualismo.
En la misma línea de pensamiento, Ossorio opina que la utilización del término contratos 'innominados' para designar al gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, es

no de clasificar a los contratos en nominados e innominados,[1748] debemos expresar que un sector de la doctrina sostiene que el contrato médico es un contrato nominado, por asimilarlo a un contrato cuyo nombre es generalmente conocido para identificarlo como el contrato de mandato, de locación de servicios o de locación de obra. De tal modo que se aplicarían al contrato médico las normas que rigen para cada contrato señalado. Así, por ejemplo, Ilharreborde-Labarca[1749] sostiene: «...es nominado, ya que según se ha analizado en el capítulo acerca de la naturaleza jurídica de éste, se le aplican las normas señaladas para el contrato de mandato y para el arrendamiento de servicios».

Otro sector, minoritario, sostiene que se trata de un contrato innominado, por no haber sido objeto de una singular regulación y ca-

imprecisa y puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante lo cual siguen careciendo de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos.

Spota, comentando el artículo 1143 del Código civil argentino, que dice que 'los contratos son nominados o innominados según la ley los designa o no bajo una denominación especial', afirma que la terminología empleada por el Código no es la que debemos usar, pues en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos típicos son aquellos que encajan dentro de un 'tipo legal', es decir, que ya tienen una regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas.

Sin dejar de reconocer el peso de las razones invocadas por los partidarios de la terminología de contratos nominados e innominados, creo que resulta más propio llamar 'contrato nominado' al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y 'contrato típico' a aquél que es regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los 'contratos típicos' como los 'contratos atípicos', entendidos éstos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también, por regla general, contratos nominados. En el curso de este trabajo se va a emplear, pues, la denominación de 'contratos típicos' y 'contratos atípicos', cuando se usa el criterio de la regulación».

[1748] *Ibid.*, Primera Parte, tomo I, p. 200.

[1749] Ilharreborde-Labarca citado por Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 124 y 125.

lificación por el legislador.[1750] El contrato médico no ha sido tratado como una figura singular y, por tanto, no ha sido definido por el legislador ni se ha fijado con claridad y exactitud su naturaleza.

Al respecto, Acosta[1751] sostiene que el criterio de considerar al contrato médico como innominado coadyuva a concebir una responsabilidad contractual en todos los casos. Opina que, por ejemplo, en el supuesto en que el facultativo se haya obligado a prestar un servicio médico sin establecer un honorario, se pensaría que no existe contrato médico y que, por tanto, la responsabilidad es aquiliana. Acosta estima que de adoptarse las normas de la locación de servicios para el tratamiento del contrato médico, sin haberse pactado los honorarios, el contrato dejaría de existir o degeneraría en otro distinto y, por tal motivo, no existiría incumplimiento y, consiguientemente, la responsabilidad dejaría de ser contractual.

Con todo, consideramos que Acosta incurre en una inexactitud al señalar que la responsabilidad contractual deja de existir, al degenerar el contrato médico (tratado como uno de locación de servicios), pues a pesar de que no se estipulen los honorarios, las obligaciones del médico y del paciente tendrán siempre como fuente un acuerdo de voluntades —nominado o innominado— y, en consecuencia, el incumplimiento de alguna de las partes generará siempre responsabilidad contractual.

[1750] En lo que se refiere al tema de los contratos innominados, la jurisprudencia chilena ha fallado: «No siendo el contrato ninguno de los definidos por el Código Civil, debe calificarse como innominado y regirse por la ley del propio contrato y por las disposiciones legales que, por analogía, puedan avenirse a sus peculiares modalidades, para los efectos de su cumplimiento». *Ibid.*, p. 125.

[1751] *Ibid.*, p. 126.

Por ello consideramos que el contrato médico es un contrato nominado, el cual encuentra perfecta cabida en el contrato de locación de servicios regido por nuestro Código Civil.

27.37.5.1.2.1.3.2. En cuanto a su regulación[1752]

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, opinamos que el contrato médico, por su regulación, es un contrato típico.

27.37.5.1.2.1.3.3. En cuanto a su estructura[1753]

En lo que respecta a la estructura del contrato médico, se trata de un contrato simple, pues generalmente da lugar a una sola relación jurí-

[1752] De acuerdo a las doctrinas de Manuel de la Puente y Lavalle, el contrato típico puede ser definido «como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como dice Gete-Alonso, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria'».
Agrega De la Puente que «por contraposición, es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular. El contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede el artículo 1354 del Código Civil, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones».

[1753] Al referirse a este criterio clasificatorio, De la Puente (De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 223 y 224), precisa los siguientes términos: «Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos.
Es contrato simple aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. Por ejemplo, la compraventa, que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero. En cambio, el contrato es complejo cuando agrupa varios contratos distintos. Esta agrupación puede dar lugar, a su vez, a dos clases de contratos: los contextuales y los vinculados.
Son contratos contextuales los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Por ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de

dica, la misma que consiste en la obligación del médico de atender al paciente, y la del paciente de pagar una suma de dinero por el servicio, comúnmente llamado honorario.

No obstante, también puede tratarse de un contrato complejo vinculado, al agrupar varios contratos distintos vinculados por la voluntad de las partes. Este sería el caso, por ejemplo, del contrato que celebra un paciente con un cirujano general con la finalidad de que se le realice una intervención quirúrgica por una apendicitis. El contrato entre estos, un contrato de locación de servicios, estará necesariamente vinculado a: 1) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y un anestesiólogo; 2) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y un asistente o instrumentista; 3) un contrato entre el cirujano y un sanatorio particular por el arrendamiento de una sala de operaciones, por un determinado número de horas; 4) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y el sanatorio, por el cual este último se compromete a realizar el seguimiento del paciente a

división y partición y uno de compraventa. Cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con entera independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros.
Los contratos son vinculados cuando, conservando también su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico, funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria). Por ejemplo, un contrato de fianza está vinculado necesariamente a un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien entregado al comodatario, desde que la ley le ha dado la calidad de accesorio, esto es que no puede existir si no existe el principal. En cambio, un contrato de constitución de sociedad anónima puede estar vinculado voluntariamente a un contrato de locación de servicios de gerencia, cuando las partes convienen en celebrar el segundo para la mejor ejecución del primero. En ambos casos, cada contrato materia de la vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia».

través de monitores, inmediatamente después de efectuada la operación; etc.

27.37.5.1.2.1.3.4. En cuanto a su contenido o área[1754]

Por su contenido es un contrato civil, ya que al igual que toda profesión liberal es extraño al Derecho Mercantil. Cabe anotar que nos estamos refiriendo exclusivamente a la relación médico-paciente, la cual nada tiene que ver con el hecho de que los galenos puedan llegar a constituir sociedades o empresas destinadas a brindar servicios médicos, las cuales podrían encajar perfectamente dentro de las sociedades comerciales.

27.37.5.1.2.1.3.5. En cuanto a su autonomía[1755]

Por su autonomía es un contrato principal, ya que no depende de ningún otro contrato.

[1754] Sobre el particular, Manuel de la Puente (*Ibid.*, Primera Parte, tomo I, pp. 224 y 225) esboza las siguientes consideraciones:
«Esta clasificación obedece a concepciones tradicionales que dividían el Derecho privado en tres grandes campos, que eran el civil, el comercial y el de los derechos especiales. De acuerdo con ella, los contratos se clasifican en civiles, comerciales y especiales.
Son contratos civiles los que están regidos por el Código Civil, tanto por estar disciplinados en él (contratos típicos civiles), como, no estándolo, por serles aplicables las disposiciones generales del contrato civil (contratos atípicos civiles).
Los contratos son comerciales cuando están regulados por el Código de comercio (contratos típicos comerciales). También lo son aquellos contratos atípicos que, por tener analogía o vinculación con los contratos típicos comerciales, quedan comprendidos en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (contratos atípicos comerciales).
Finalmente, son contratos especiales aquéllos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Estos contratos también pueden ser típicos (cuando están regulados legal o socialmente) o atípicos (cuando no lo están)».

[1755] En relación a este tema, Manuel de la Puente y Lavalle (*Ibid.*, Primera Parte, tomo I, pp. 230 y 231), consigna las siguientes expresiones:

«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados.
Son contratos principales aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta (tales son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, la prestación de servicios). Basta con celebrar un contrato principal para que pueda alcanzarse el efecto querido por los contratantes, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional.
En contraposición a los contratos principales se encuentran los accesorios, llamados también por la doctrina alemana contratos auxiliares, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice, por eso, que entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de la accesoriedad. Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).
Pienso, sin embargo, que se incurre en imprecisión al decir que el contrato accesorio, especialmente el de garantía, depende del contrato principal, pues no es materia de la garantía el contrato principal sino alguna o algunas de las obligaciones creadas por éste. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa puede garantizarse la obligación de pagar el precio, mas no la de transferir la propiedad del bien; en un contrato de mutuo, puede garantizarse la obligación de devolver un bien de la misma especie, pero no la de pagar los intereses; en un contrato de arrendamiento, puede garantizarse la obligación de pagar la renta, mas no la de devolver el bien.
Por otro lado, no es indispensable la existencia de un contrato principal para que pueda existir un contrato accesorio, ya que la obligación garantizada puede no provenir de un contrato sino de alguna otra fuente de las obligaciones.
Por ello, es quizá más propio decir que la obligación creada por un contrato accesorio es accesoria de la obligación principal creada por otro contrato, que se llama contrato principal, sin perjuicio de que también pueda ser obligación principal la creada por una fuente de las obligaciones distinta.
El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por sus propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoria, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación.
Arias-Schreiber ubica en esta clasificación a los contratos derivados, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.
A semejanza del contrato accesorio, el subcontrato requiere de la existencia de un contrato principal con la particularidad que el contrato principal imprime sus características propias al subcontrato, de manera tal que el subcontrato tiene siempre la

No obstante, el contrato médico puede ir de la mano con la existencia de contratos accesorios, tales como los contratos de análisis de laboratorio clínico o de exámenes radiológicos, cuya función es la de ser un medio de ayuda de diagnóstico, sin perjuicio de la autonomía que estos puedan asumir cuando el paciente contrata directamente con el laboratorio. La misma reflexión puede formularse con respecto a la relación del paciente con el centro hospitalario, en cuanto a los servicios extramédicos o paramédicos (habitación, comidas, enfermería, etc.).[1756]

27.37.5.1.2.1.3.6. En cuanto a su formación

Conforme señala De la Puente,[1757] de acuerdo con este criterio los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial, o se necesite la entrega de un bien.

Atendiendo a tales conceptos, el contrato médico es un contrato consensual, ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes —manifestado en forma expresa, verbal o excepcionalmente escrita, o tácita— y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

Podría pensarse que en algunos casos el contrato médico deja de ser consensual, por falta de consentimiento de una de las partes. Es el caso de los actos médicos de emergencia en los que el paciente llega inconsciente y, por tanto, es incapaz de manifestar su voluntad. Sin embargo, se entiende que todo paciente que llega a la emergencia de

misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario. Así, un contrato derivado del arrendamiento será siempre un subarrendamiento, un contrato derivado del mandato será siempre un submandato».

[1756] Yungano, Arturo *et al.*, *Op. cit.*, pp. 97 y 98.

[1757] De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, p. 232.

un hospital, desea ser atendido y, por ende, se presume que el consentimiento es tácito. Ello se puede desprender del artículo 4 de la Ley General de Salud (Ley N.° 26842), que a la letra dice:

> Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

Incluso en los supuestos en que los pacientes lleguen a una emergencia en estado de inconciencia, pero acompañados por otra persona capaz, se entiende que es un tercero quien brinda el consentimiento para la atención del paciente, configurándose de esta forma la celebración de un contrato en favor de tercero.

En este punto debemos tener claras las diferencias entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato, situaciones que en algunos casos pueden darse en el mismo instante, pero que, sin embargo, son distintas.

Para Manuel de la Puente y Lavalle, la celebración o conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea el consentimiento.

El perfeccionamiento, en cambio, según el mismo autor, es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial.

Cabe señalar que la historia clínica, por ejemplo, no es una formalidad necesaria para la celebración del contrato médico. El contrato médico no es un contrato formal y la historia clínica no es un requisito para su celebración, sino parte de su perfeccionamiento, es una de las obligaciones del médico: es parte del acto médico. Así lo

indica una interpretación sistemática de los artículos 15, 25 y 29 de la Ley General de Salud, que transcribimos seguidamente:

> Artículo 15.- «Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:
>
> (...)
>
> b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece;
>
> (...)
>
> i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica».
>
> Artículo 25.- «Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado.
>
> El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional».
>
> Artículo 29.- «El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.
>
> La información mínima que debe contener la historia clínica se rige por el reglamento de la presente ley.
>
> El médico y el cirujano-dentista quedan obligados a proporcionar copia de la historia clínica al paciente en caso que éste o su representante lo solicite. El interesado asume el costo que supone el pedido».

27.37.5.1.2.1.3.7. En cuanto al tiempo[1758]

En principio, la ejecución del contrato médico es inmediata. En otras palabras, el médico está obligado a brindar la atención de salud inmediatamente después de celebrado el contrato y el paciente tiene la obligación de pagar los honorarios al contado al momento de la prestación del servicio. Pero, también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, según lo dispone el artículo 1759 del Código Civil:

> Artículo 1759.- «Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente».

Lo más común será que la obligación diferida sea la del paciente. Ello es muy frecuente en las emergencias hospitalarias, en donde el personal médico atiende al paciente inmediatamente después de su llegada, dejando para un momento posterior —la recuperación del paciente o la llegada de alguno de sus familiares o conocidos— el cobro de los honorarios.

En cuanto a su duración, este contrato es, con frecuencia, uno de ejecución sucesiva, ya que requerirá del transcurso necesario de un tiempo para su perfeccionamiento. Sus efectos no se agotarán en un solo acto, principiando las prestaciones con la consulta inicial. La prestación médica puede ser continua o periódica, según los interva-

---

[1758] Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones de De la Puente (*Ibid.*, Primera Parte, tomo I, pp. 233 a 241).

los señalados en el contrato o que nazcan de su naturaleza, durante un período determinado o, generalmente, indeterminado. Será sucesivo, por ejemplo, el contrato que tenga por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.[1759]

Sin embargo, esta característica no es absoluta, ya que en ocasiones la relación entre facultativo y paciente se consuma instantáneamente (ejecución instantánea), es decir, producirá sus efectos de una sola vez;[1760] por ejemplo, cuando se contrata a un médico patólogo para que nos dé un diagnóstico a partir de una muestra obtenida en una biopsia.

27.37.5.1.2.1.3.8. En cuanto a su negociación

Según De la Puente,[1761] este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión. Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Contrariamente a quienes sostienen que el contrato médico es paritario, nosotros afirmamos que generalmente se tratará de una forma de contrato por adhesión: un contrato *necesario* por adhesión.[1762] Las razones que sustentan esta afirmación son las siguientes:

(a) El contrato médico está configurado casi siempre, en exclusiva, por una de las partes. El médico (oferente) fija unilateralmente

[1759] En este sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de Vicente Acosta Ramírez (Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 127), de Rosana Pérez de Leal (Pérez De Leal, Rosana, *Op. cit.*, p. 56) y de Alberto Bueres (Bueres, Alberto, *Op. cit.*, p. 158).

[1760] Bueres, Alberto. *Op. cit.*, tomo I, *loc. cit.*

[1761] De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, p. 245.

[1762] De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, pp. 30 y 53.

los términos del contrato (el tipo de tratamiento y los honorarios), de tal manera que, cuando este se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde fundamentalmente a su voluntad.

(b) La oferta del médico (o, en su caso, la invitación a ofrecer) en muchos casos no puede ser discutida, lo que da lugar a que el paciente (destinatario de la oferta) se vea colocado, como dice el artículo 1390 del Código Civil, en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por el galeno.

(c) El médico se encuentra en una situación de poderío, ya que dispone de una provisión de servicios de carácter necesario para cada paciente. Solo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación.

El poder del médico proviene de encontrarse en una situación de monopolio de conocimientos técnico-científicos con respecto al paciente, lo cual le proporciona el control de la provisión del servicio de salud. No obstante, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los servicios que él ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al paciente a verse realmente compelido a aceptar.

(d) Como correlato de la característica anterior, todo paciente se considera necesitado de un determinado servicio médico (a objeto de conseguir una pronta mejoría). Sin embargo, no basta que este se encuentre en un estado de necesidad (real o psíquica), sino que sea consciente de ello, pues solo así se verá compelido a aceptar.

Un ejemplo, citado por Acosta,[1763] servirá para ilustrar nuestra posición:

[1763] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 120 y 121.

Don Juan González tiene 70 años y está perdiendo paulatinamente la visión. Concurre en forma particular donde el médico oculista y él le explica que tiene cataratas, es decir, que tiene una afección del ojo que consiste en la opacidad del cristalino, el cual, al perder su transparencia compromete más o menos la importantísima función visual; agrega que el origen de su afección se encuentra en la diabetes, de la cual padece hace algunos años. Por último, le expresa que su tratamiento es exclusivamente quirúrgico, pero que no tiene mayor riesgo, pues se ha comprobado, de acuerdo a las estadísticas oftalmológicas, que la intervención tiene éxito en casi el 90% de los casos. Agrega que lo ideal es usar una técnica extracapsular que consiste en la extracción parcial del cristalino —muestra esquema— y su reemplazo por un lente, que vale unos 300 dólares; a esto deberán agregarse los costos del pabellón, personal auxiliar, anestesista y los honorarios, que tienen un valor de equis dólares.

Don Juan acepta las condiciones y se lleva a cabo lo estipulado. Don Juan podría también pedir una rebaja de honorarios; pero en ningún momento él podría pedir que el tratamiento durara más tiempo, o menos tiempo, o pedir que lo operara con otra técnica, o que usara determinado tipo de anestesia; en fin, lo único que podría llegar a solicitar sería una rebaja de honorarios y nada más. En Chile no hay demasiados oculistas y se encuentra en una ciudad en que ese profesional es único y la operación es necesaria, ya que de no efectuarse perderá completamente la visión en el ojo afectado. Su única alternativa es, por tanto, aceptar las condiciones del médico, so riesgo de que si no las acepta producirá un daño irreparable en su salud.

Como se puede observar en el caso citado, la voluntad de una de las partes se encuentra totalmente constreñida, de tal forma que no es posible discutir sobre las condiciones del contrato médico.

Es muy infrecuente que entre médico y paciente nazca un contrato paritario, producto de la transacción de los intereses de las partes.

De otro lado, el contrato médico puede ser también uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, como es el caso,

por ejemplo, de los contratos que se celebran entre un paciente y un hospital o clínica.

27.37.5.1.2.1.3.9. En cuanto al rol económico[1764]

Por el rol económico, el contrato médico es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo es un contrato de disposición, ya que el médico tiene la obligación de satisfacer la prestación de salud, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación (retribución) por parte del paciente.

27.37.5.1.2.1.3.10. En cuanto a su función

De acuerdo con De la Puente,[1765] los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

El contrato médico es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio; pero sería muy raro que fuera un contrato resolutorio, puesto que

---

[1764] Al referirse a este criterio clasificatorio, De la Puente (De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, pp. 246 a 248) señala las siguientes consideraciones:
«(...)
Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, a la que puede agregarse la más moderna de doy y hago para que des y hagas, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales del tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También están comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad del intercambio, como ocurre en el caso de la donación.
Son contratos de disposición los que están destinados a justificar la disminución del capital del patrimonio de una persona. En contraposición, los contratos son de administración cuando tienen por objeto las rentas o frutos de los bienes, sin alterar su naturaleza ni su destino».

[1765] *Ibid.*, tomo I, p. 233.

siempre generará la obligación de satisfacer una prestación de salud, por una parte, y la de pagar los honorarios, por otra.

27.37.5.1.2.1.3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga[1766]

Se trata de un contrato individual, ya que produce efectos y crea obligaciones y derechos, únicamente para las partes que lo celebran.

Sostiene Acosta[1767] que «se usa la expresión contrato individual en contraposición al contrato colectivo, el cual obliga, en cambio, 'a personas que no han concurrido con su consentimiento al perfeccionamiento del convenio'. Esta calificación es sin perjuicio de la responsabilidad por el hecho de terceros y otras variantes jurídicas que pueden nacer a virtud de que paso a paso el acto médico tiende a trastocarse de individual en actividad conjunta, dado que el avance de la ciencia y de la técnica requiere un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio del equipo. Por otra parte, la yuxtaposición de los servicios hospitalarios con el acto médico de equipo da pie a constantes interferencias que son fuente de responsabilidad.

(...) Usualmente en la medicina de equipo el médico jefe de él orienta y coordina las actividades de quienes lo secundan. Existe una alta probabilidad de que el paciente sólo conozca a ese facultativo jefe con quien aparecerá jurídicamente vinculado. En estas condiciones, el médico principal, al margen de su propia actividad, responderá contractualmente por el hecho de los componentes de su equipo en tanto los mismos revistan la calidad de auxiliares y por ende de dependientes; un igual criterio podría seguirse si la relación entre profesional y paciente se encuentra en la esfera extracontractual. Ese deber de reparar, contractual o delictual, del médico jefe, será independiente de la responsabilidad que pesará sobre el agente directo del daño, contra quien el paciente tendrá acción.

Sin embargo, no queda agotada la delimitación de responsabilidades. Pues aun dentro del equipo podría existir responsabilidad directa del médico jefe si no puede individualizarse al causante del daño. Podría ser factible que determinado miembro del equipo que posea autonomía científica —un anestesista, por ejemplo—, incurra singularmente en responsabilidad directa, por supuesto, en la medida en que el perjuicio le sea imputable en forma exclusiva, o bien que comparta una responsabilidad directa con el médico jefe si la conducta de ambos concurrió a la producción del daño. Ahora bien, la intervención de médicos que no forman un equipo, pero que asisten en común a un mismo paciente, podrá dar lugar a la responsabilidad colectiva en la medida que no pueda individualizarse al causante del daño».

Hasta aquí las expresiones de Acosta.

Coincidimos con este autor en lo referente a la responsabilidad individual del profesional médico; sin embargo, conviene dejar en claro lo que se refiere a la responsabilidad colectiva, que pareciera catalogarse como un efecto colectivo de un contrato.

Para entender nuestra posición es necesario distinguir entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual en el actuar médico.

La responsabilidad contractual, de producirse, es un efecto del contrato y se genera por su incumplimiento. En consecuencia, ella solo puede originarse entre aquellas personas que celebraron el contrato, atribuyéndose, en el caso del contrato médico, al médico o al centro de atención médica con el cual contrató el paciente. La responsabilidad contractual, por ello, siempre será de carácter individual (efectos únicamente sobre el sujeto que contrató) del médico o del centro por el incumplimiento.

[1766] *Ibid.*, tomo I, pp. 241-245.
[1767] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.

En cambio, cuando hablamos de responsabilidad extracontractual, ocasionada por la producción de un daño —independientemente de con quién se haya celebrado el contrato—, podrá estar involucrado un solo sujeto, caso en el cual la responsabilidad será individual, de llegarse a identificar al causante del daño, o varios sujetos, caso en el cual la responsabilidad será colectiva, de no llegar a tal individualización; mas no serán responsables colectivamente varios sujetos por originarse el daño como consecuencia de la celebración de un contrato de efectos colectivos.

Si bien existe un solo contrato de atención médica celebrado ya sea con un profesional médico o con un centro asistencial, se trata de dos orígenes diferentes de la responsabilidad: de un lado el incumplimiento, por parte de quien celebró el contrato; y por otro, el daño, por parte de quien o quienes lo ocasionaron. Es así que solamente en el primer caso podemos estar hablando de efectos del contrato médico; en el segundo caso no se trata de que exista un efecto colectivo del contrato médico al declarar la responsabilidad colectiva de varios prestadores de salud, pues su origen no es el incumplimiento del contrato sino la producción de un daño.

27.37.5.1.2.1.3.12. En cuanto a la prestación

Según recuerda Manuel de la Puente,[1768] tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquel en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

[1768] De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, tomo I, p. 211.

Dentro de tal orden de ideas, el contrato médico es generalmente un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas y excepcionalmente unilateral.[1769] Por regla general, ambas partes quedan recíprocamente obligadas. El paciente, por una parte, se obliga a cumplir con el pago de los honorarios que la atención médica devengue; mientras que el profesional médico, por la otra, se obliga a asistir y tratar al paciente con la prudencia, diligencia y pericia que las reglas de la ciencia indiquen.

Empero, es posible que el contrato sea unilateral, esto es, que solamente el médico asuma la obligación de prestar servicios a un paciente. En efecto, puede ocurrir que en virtud de un acuerdo expreso —pues la gratuidad no se presume— entre las partes, el médico no exija pago alguno de honorarios, motivado por razones de índole familiar, amical o caritativa. De hecho, el artículo 67 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú[1770] señala el deber de los médicos de prestar atención gratuita a sus colegas, así como al cónyuge, hijos y padres que dependan económicamente de ellos.

Cabe señalar que la mayor parte de la doctrina considera como la única obligación jurídica del paciente el pago de los honorarios, haciendo posible que el contrato devenga en unilateral. En cambio, si además de los honorarios, como afirma Pérez de Leal,[1771] incluimos dentro de las obligaciones jurídicas del paciente el cumplir con las indicaciones terapéuticas, en todos los casos se tratará de un contrato bilateral, independientemente de que se pacte o no el pago de honorarios.

[1769] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 127 y 128.

[1770] Artículo 67.- «El médico tiene el deber de prestar atención gratuita a los colegas que la requieran así como al cónyuge, hijos y padres que dependan económicamente de ellos. En dicho caso, el costo del material que emplee para atenderlos deberá ser reembolsado por éstos».

[1771] Pérez De Leal, *Op. cit.*, p. 55.

Resulta interesante mencionar en este acápite la admisión del *desistimiento unilateral,*[1772] a instancia de cualquiera de las partes. Existe el derecho de poner término al contrato unilateralmente, con la sola manifestación de voluntad. Sin embargo, el apartamiento de las obligaciones convencionales no podrá concretarse por el médico cuando suponga un abandono que ponga en peligro la salud del paciente. De tal manera que la facultad del médico de desistirse libremente del contrato, en tanto no dañe al paciente con su actitud y asegure la continuidad de los cuidados, existirá siempre que el acto se encuentre en curso de ejecución y no se haya prefijado un resultado completo y temporalmente cierto. Por el contrario, si el profesional se obligó a realizar un hecho específico o un tratamiento concreto, la ruptura unilateral e injustificada originará su responsabilidad civil.

A este respecto, Santos Cifuentes[1773] señala que el consentimiento prestado por el paciente no lo obliga a someterse al acto quirúrgico. La coacción, física o moral, que se le impusiera en esa dirección sería inadmisible, pues «resulta absurdo pensar en un compromiso de disposición del cuerpo con tal proyección», aun cuando el acto mutilante o lesionante se efectuase para el mejoramiento de su salud. Ello quiere decir que el paciente puede retractar su voluntad hasta el mismo instante anterior a la operación, dado que una cláusula contractual en contrario sería inválida, al generar un acto de disposición sin amparo del Derecho.

Y aún más, el Derecho protege expresamente la libertad de elección y de disposición sobre el cuerpo y la salud, al señalar en la Ley General de Salud lo siguiente:

[1772] Bueres, Alberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 155 y 156.

[1773] Citado por Bueres, Alberto (Bueres, Alberto, *Op. cit.*, tomo I, p. 156).

> Artículo 4.- «(...)
>
> La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso».
>
> Artículo 15.- «Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:
>
> (...)
>
> h) A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste».

27.37.5.1.2.1.3.13. En cuanto a la valoración

El contrato médico puede ser tanto un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar prestaciones, como uno a título gratuito, en el cual solamente una de ellas, el médico, asume este deber.

27.37.5.1.2.1.3.14. En cuanto al riesgo[1774]

Por el riesgo, el contrato médico es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

[1774] Sobre este tema, Manuel de la Puente y Lavalle (De La Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 218-223) sostiene lo siguiente:
«De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios. Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLÉON, según el cual es conmutativo el contrato cuando

cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.

Con el transcurso del tiempo se fue precisando la noción del contrato conmutativo, llegándose a la posición moderna de acuerdo con la cual 'el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al momento en que se celebra, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puede correlativamente lograr'.

Ya he expresado mis reservas a la utilización de los conceptos de 'ventaja' y 'sacrificio' para la clasificación de los contratos, por ser conceptos vinculados más bien a los efectos que pueden tener las obligaciones creadas por el contrato que a las características estructurales del mismo, que están organizadas alrededor de la obligación y de la prestación.

Por ello, me permito sugerir que se defina el contrato conmutativo como aquél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la de la otra parte, si la hubiere.

Al lado opuesto del contrato conmutativo se encuentra el contrato aleatorio. Antes de intentar una definición del mismo, conviene estudiar los diversos alcances que la doctrina le ha dado.

Partiendo del concepto de que el contrato aleatorio es aquél en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del mismo, porque ello depende de un acontecimiento incierto, la primera posición, sostenida, entre otros, por los MAZEAUD, entiende que la nota característica de los contratos aleatorios está dada por la existencia de un azar (*chance*).

Al lado de esta posición puede constatarse una nueva tendencia que identifica la nota característica y diferenciadora del contrato aleatorio en la incidencia que el evento incierto tenga sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación.

ALBALADEJO, por su parte, se coloca en una tercera posición, de acuerdo con la cual el contrato es aleatorio cuando las partes, al celebrarlo, asumen el riesgo de pérdida o de ganancia, bien sea mediante el establecimiento de una prestación que se realizará o no eventualmente, según decida el azar (la suerte). Agrega ALBADALEJO que la indeterminación, o realización eventual, no tiene que alcanzar a ambas prestaciones, pudiendo afectar sólo a una, comprendiéndose que, aun en este caso, lo que es ganancia para una parte es pérdida para la otra.

Conjugando estos conceptos, el contrato aleatorio puede ser definido (siguiendo siempre el criterio de la prestación) como aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un favor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo o 'alea' que ROGEL, citando a BENAVENT, dice que equivale a buena o mala suerte, equivale a azar.

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y

que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

En consecuencia, tal como dicen los MAZEAUD, 'sólo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder, que hayan celebrado el contrato para correr ese albur'.

Esto nos lleva a considerar que en todo contrato, sea conmutativo o aleatorio, puede existir un azar, pero hay que distinguir entre el azar en sentido técnico —que incide sobre la existencia y el contenido de la prestación— que es específico al contrato aleatorio, de la genérica 'alea' económica —que radica en la variación de costo y valor de la prestación— que es propia de todo contrato de ejecución no inmediata.

Cuando se trata de una aleatoriedad meramente económica, que deriva sea de la valuación de las partes, sea de las oscilaciones del mercado, y no de la estructura jurídica del contrato, nos encontramos frente a la llamada 'alea normal' del contrato, que es de cargo de cada uno de los contratantes cuando no supera los límites de la normalidad, la cual está sustraída a la disciplina propia de los contratos aleatorios.

En cambio, cuando se trata de un azar que es inherente a la estructura jurídica del contrato, en el sentido que éste se celebra tomándolo especialmente en consideración, aun cuando la ocurrencia del azar sea necesariamente extraña a la voluntad de las partes, entonces nos encontramos frente al azar específico de los contratos aleatorios. En otras palabras, se hace depender del azar, cualquiera que fuere la naturaleza de éste (física, jurídica), la existencia y cuantía de las prestaciones que constituyen el contenido de las obligaciones creadas por el contrato. De este azar específico tratan los artículos 1441 y 1447 del Código civil, bajo el nombre de 'riesgo propio' del contrato aleatorio.

Resulta así que en un contrato aleatorio de duración, como por ejemplo el de renta vitalicia onerosa, puede existir el riesgo propio de este contrato, que es la duración de la vida del rentista, y a la vez el azar normal de los contratos onerosos, que está constituido por el equilibrio entre la prestación a cargo del rentista y el monto del capital que sirve de base para el cálculo de la renta.

Un tema que ha dado lugar a disparidad de criterios es el relacionado con la posición que ocupa la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios.

Gran parte de la doctrina (PLANIOL, MAZEAUD, PUIG BRUTAU, GOMES) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (ALBALADEJO) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente, ciertos juristas italianos (TORRENTE-SCHLESINGER, MESSINEO, BIANCA) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

Es cierto que MESSINEO admite que el hecho de que el artículo 1872 del Código civil italiano prevea la posibilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito parece desmentir la tesis del contrato oneroso y también la del contrato de prestaciones recíprocas en cuanto la renta vitalicia gratuita es un contrato de una sola parte, pero

Sin embargo, podría decirse que reviste carácter aleatorio debido al riesgo que puede existir en todo tratamiento o en la posibilidad de curación, propio de cada paciente en particular.

agrega que la verdad es que estando regulada la renta vitalicia gratuita por las normas establecidas para la donación (el artículo 1872 del Código civil italiano dice que la renta vitalicia puede ser constituida también por donación), el carácter de aleatoriedad queda, cuando menos atenuado, si no francamente suprimido.
Este razonamiento de Messineo no puede aplicarse a nuestra realidad jurídica, pues el artículo 1924 del Código civil establece que la renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito, por lo cual no es necesario recurrir al contrato de donación para constituir la renta vitalicia gratuita, sino que puede hacerse directamente mediante el contrato de renta vitalicia.
Dado que este contrato es esencialmente aleatorio, no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una sub-división del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo aleatoria, puede ser gratuita y, por ello, de prestación de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una sub-clasificación.
Se ha afirmado repetidamente que en el contrato aleatorio el azar debe ser para ambos contratantes. Esta afirmación es correcta por cuanto, aun en los contratos aleatorios con prestación de una sola parte, como es el caso de la renta vitalicia gratuita o del sorteo gratuito, 'el acontecimiento que aprovecha a uno de los contratantes, implica una pérdida para el otro; no se concibe que el azar sea unilateral'.
Para terminar con el tema del contrato aleatorio, conviene diferenciarlo del contrato condicional, con el cual tiene cierta similitud por intervenir en ambos un azar.
A fin de percibir mejor la distinción debe tenerse presente que en el régimen civil peruano la condición no afecta la existencia del acto jurídico sino únicamente su eficacia, en el sentido que el acto jurídico, existiendo, no produce efectos hasta que se cumple la condición suspensiva o deja de producirlos cuando se cumple la condición resolutoria.
En el tema que examinamos, el contrato aleatorio es un contrato puro que es siempre eficaz, o sea produce sus efectos, con la única peculiaridad que la magnitud de estos efectos puede verse afectada por el azar específico del contrato, produciéndose un desequilibrio entre prestación y contraprestación. En el caso del contrato condicional, en cambio, la eficacia del contrato depende de la condición, pero el equilibrio contractual se mantiene, cúmplase o no la condición (por ejemplo, tratándose de una condición suspensiva, hasta que ésta no se cumpla no se ejecuta la prestación ni la contraprestación, pero si se cumple se ejecutan ambas, sin que, en una u otra hipótesis, se vea afectado el equilibrio del contrato).

27.37.5.1.2.1.3.15. En cuanto a sus efectos

Si bien De la Puente no incluye explícitamente este rubro dentro de los criterios clasificatorios de los contratos, creemos que sí lo hace de manera implícita, al analizar el concepto de contrato.

Manuel de la Puente[1775] señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Refiere el profesor citado que lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida; citando como ejemplo al contrato de compraventa, en el cual lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es este sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él.

En este sentido —agrega—, lo que obliga, lo que se cumple, lo que se resuelve, es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo, que deja de existir en el momento en que se perfecciona.

Luego de anotar lo frecuente que es incurrir en confusiones al respecto, De la Puente y Lavalle estima preciso hacer la aclaración de que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta por obligaciones a cargo de las partes, pues el contrato es una fuente de

Sin embargo, hay que reconocer, como dice Messineo, una analogía entre el contrato aleatorio y el condicional, cuando el azar no consiste en deber más o menos, sino en deber o no deber».

[1775] *Ibid.*, tomo I, pp. 49 y 50.

obligaciones; precisando que no debe darse al contrato mayores alcances, haciéndolo creador de relaciones jurídicas distintas de las obligacionales.

Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato médico consistirán en brindar la atención y tratamiento médicos adecuados y en el pago de los honorarios, no podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que el obligacional, cuya ejecución consistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha).

En tal sentido, estimamos impropio asignar al contrato efectos reales y no meramente obligacionales.

En el Derecho Peruano los contratos —por sí mismos— no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de los mismos, su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entendiéndose que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real.

Dentro de tal orden de ideas, es que distinguimos a los contratos creadores de obligaciones de aquellos que crean algún vínculo o derecho distinto a los meramente obligatorios u obligacionales. En el Derecho Peruano todos los contratos son meramente obligatorios u obligacionales. Ningún contrato, por sí mismo, transfiere derecho real alguno.

27.37.5.1.2.2. La existencia de un contrato válido

El contrato médico, al igual que todo acto jurídico, requiere de la concurrencia de algunas condiciones para producir válidamente sus efectos.

De no cumplirse con dichos requisitos, el contrato será inválido y, por tanto, no habrá existido vínculo obligatorio, y consiguientemente, tampoco dará lugar a responsabilidad contractual.

27.37.5.1.2.2.1. Consentimiento

Conforme al artículo 1352 del Código Civil, «los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes».

El consentimiento, según De la Puente,[1776] es la coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*), cuyo significado es sentir lo mismo.

Por tanto, el consentimiento en el contrato médico deberá expresar perfectamente la coincidencia de voluntades del galeno y del paciente.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente. La legislación peruana se rige por reglas que resguardan de manera absoluta la voluntad individual. Ello está plasmado en el artículo 4 de la Ley General de Salud, el cual señala:

> Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.
>
> La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.
>
> En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del

[1776] De La Puente y Lavalle, Manuel, *Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, p. 125.

> Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.
>
> El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

Una vez iniciada la relación pueden existir otras manifestaciones de voluntad del paciente, esenciales o secundarias, sobre las que el enfermo decide a propuesta del profesional médico, como por ejemplo, la realización de una cirugía de vesícula, utilizando una técnica abierta o una técnica laparoscópica.

El artículo citado exceptúa la necesidad de obtener el asentimiento por parte de personas que sean absolutamente incapaces (los comprendidos en el artículo 43 del Código Civil, es decir los menores de 16 años, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable), así como de los relativamente incapaces comprendidos en los tres primeros incisos del artículo 44 del referido cuerpo legal (es decir los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los retardados mentales, y aquellas personas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad).

En estos casos, el consentimiento para que dichas personas reciban tratamiento médico deberá ser proporcionado por sus representantes legales (padres, tutores o curadores, según corresponda); pero si tales representantes se negaren a autorizar el tratamiento médico o quirúrgico requerido por sus representados, la Ley establece que el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las

acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de dichos incapaces.

Obviamente, el consentimiento será ineficaz cuando signifique la autorización para terminar con la vida, la eutanasia, o para cualquier otro acto prohibido por la ley, como es el caso del aborto, la aplicación contra la voluntad de técnicas de reproducción asistida, etc. Tampoco será eficaz el consentimiento de los familiares para realizar la cesión de órganos y tejidos de quien en vida declaró su voluntad en contrario, de manera indubitable, de acuerdo a los artículos 8 de la Ley General de Salud y 3 de la Ley N° 27282, Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos.

El consentimiento se podrá manifestar en varias formas: expresa o tácitamente, según el artículo 141 del Código Civil. Lo más frecuente será que el paciente exteriorice su voluntad mediante las palabras o cuando declara al médico que está de acuerdo con los honorarios. Sin embargo, será necesario el consentimiento escrito cuando se trate de ablación o implante de órganos (artículo 8 de la Ley General de Salud), de intervenciones quirúrgicas (artículo 27 de la Ley General de Salud), de aplicación de métodos anticonceptivos definitivos (artículo 6 de la Ley General de Salud), de realización de técnicas de reproducción asistida (artículo 7 de la Ley General de Salud) o de métodos diagnósticos invasivos, que puedan afectar física o psíquicamente al paciente, llámense punciones lumbares, biopsias de órganos, etc. (artículo 27 de la citada Ley).

Obviamente, a efectos de la prueba, será la formalidad escrita la manera ideal y recomendable de expresar el consentimiento.

Por otro lado, en los supuestos en que se encuentra inmerso el orden público —salud de la población—, este se impone frente a la voluntad individual: así, los casos de vacunación obligatoria, el certifica-

do médico prenupcial, el examen médico obligatorio para declarar la incapacidad, etc.[1777]

En los casos en que el paciente esté en capacidad de expresar su voluntad de recurrir o no a asistencia médica, la legislación peruana se rige por principios que resguardan de manera absoluta la voluntad individual, principios que no pueden ser vulnerados por los propios médicos, ni por los familiares, ni por los representantes del paciente.

En el Perú, si una persona no desea ser examinada por un profesional de la medicina, podrá hacer prevalecer este derecho por sobre cualquier otra consideración. Incluso, podría poner en conocimiento formal de sus familiares o entorno más cercano, que no desea ser atendido por un profesional de la medicina bajo ninguna circunstancia, haciendo responsable civilmente a aquel familiar que infringiese la observancia de este principio.

Si fuese el caso de una persona que padece de alguna enfermedad cuya falta de tratamiento lo conducirá inexorablemente a la muerte, dicha persona goza del derecho a evitar ser tratada por un profesional de la medicina, y quien vulnere esta disposición, con conocimiento de causa, será pasible de responsabilidad civil.

En esta materia, la ley peruana resguarda —de manera férrea— la voluntad del paciente, lo que también se traduce en la libertad de que goza todo ser humano para escoger el tratamiento médico que considere más acorde a sus intereses, los mismos que no necesariamente irán de la mano con aquellos que resulten más eficaces para el tratamiento de su enfermedad.

[1777] Yungano, Arturo et al., *Op. cit.*, p. 100.

Podríamos encontrarnos ante el caso típico de un paciente que es informado por su médico acerca de los dos únicos tratamientos que existen para su grave enfermedad. El primero de ellos, lleno de sacrificios y abstenciones, aparte de ser muy doloroso, permitiría a esa persona vivir cinco años; en tanto que el segundo, mucho más suave y sin que implique mayores sufrimientos al paciente, también combatirá los efectos de la enfermedad, pero no permitirá que dicho paciente viva por un lapso mayor de un año.

En este caso el paciente podría decidir libremente seguir el primer tratamiento, con el propósito de prolongar su existencia (decisión que seguramente aprobaría su entorno familiar), pero también, en ejercicio de esa misma libertad, podría optar por el segundo de los tratamientos, no con el ánimo de vivir más, sino de vivir mejor el tiempo que eventualmente le queda de vida. En el caso de que ninguno de sus familiares cercanos comparta el criterio del paciente de someterse a este último tratamiento, podría hacer prevalecer su voluntad sobre la de toda su familia, la misma que no tendría recurso judicial ni extrajudicial para impedir —jurídicamente hablando— que dicho paciente lleve a la práctica el tratamiento escogido.

Con el ejemplo y las variantes anotadas, podemos apreciar que la evaluación entre los factores calidad y cantidad de vida, pueden ser materia de sugerencia tanto por parte de los profesionales de la salud como de cualquier persona allegada al paciente, pero no serán susceptibles de imposición alguna a este último, en caso de que adopte una decisión al respecto.

En torno a este tema, es frecuente que los familiares del paciente prefieran prolongar la vida de este último, sin tener en cuenta sus padecimientos.

Estamos plenamente de acuerdo con el marco legal y los principios que sobre este tema rigen en el Perú.

Para finalizar nuestros comentarios al artículo 4 de la Ley, solo queremos agregar que las normas de protección a los incapaces respecto de las eventuales decisiones que adopten sus representantes, también tienen un carácter altamente positivo, pues obligan a los profesionales de la salud a someter a consideración de las autoridades judiciales las decisiones de los representantes, respecto al tratamiento médico, que no se ajusten, a entender de dichos profesionales, a aquello que resulte más conveniente para los pacientes o representados.

No debemos olvidar que los incapaces a que alude la Ley, son precisamente aquellos que no gozan de libertad de raciocinio como para adoptar una decisión válida y racional. Ocasionalmente esas personas expresarán su voluntad a través de sus representantes. No obstante ello, cuando tal situación no se produzca o se produzca de manera irregular o dudosa, será el Estado (a través del Poder Judicial) el encargado de solucionar el problema.

Antes de concluir nuestras apreciaciones sobre este numeral, debemos expresar que el mismo no solo está encaminado a preservar la libertad de cada individuo en cuanto a las decisiones sobre su salud y su tratamiento, sino también a eximir de responsabilidad a los profesionales de la medicina y a los centros hospitalarios, en caso se acate adecuadamente lo previsto por la norma.

Si el paciente, encontrándose solo, no pudiese dar su autorización por hallarse inconsciente, la ley admite que si se tratase de un estado de emergencia el paciente debe ser atendido, pues se presume, como ya se adelantara, que existe una voluntad tácita anticipada del individuo, en el sentido de consentir la asistencia médica, fundada, en tales supuestos, sobre razones de extrema necesidad. La salud y la vida del individuo son de interés del Estado, formando parte de los principios que regulan el orden público y, por tal motivo, están legalmente tutelados.

27.37.5.1.2.2.1.1. Formación del consentimiento

El consentimiento se forma al concurrir dos declaraciones de voluntad, de tal manera que la voluntad de una de las partes es, en lo que se refiere a la celebración del contrato, exactamente igual a la de la otra parte. Una de las partes propone la celebración del negocio (oferta), y la otra acepta absorbiendo la oferta, de forma tal que al declarar su voluntad está declarando también que ella está unida a la voluntad del oferente.

Una vez conocida la aceptación por el oferente, el consentimiento queda celebrado y el contrato se encuentra apto para producir todos sus efectos legales.

Vale recordar que la declaración conjunta de voluntad implica que ambas voluntades se correspondan en cuanto a las personas, al objeto y a la naturaleza del contrato.

En la formación del contrato médico, la conformidad respecto de las personas se refiere al carácter *intuitu personae* que conlleva este contrato. Es decir, si un paciente propone a determinado galeno la celebración de un contrato, es este quien deberá dar la aceptación comprometiéndose a prestar los servicios médicos y, a su vez, es quien efectivamente deberá brindarlos.

De otro lado, la correspondencia en cuanto al objeto del contrato, se refiere a la identidad entre ambas voluntades con respecto a la obligación de hacer que asumirá el médico y a la obligación de dar que asumirá el paciente o la persona responsable de aquel.

Por último, es necesario que ambas voluntades coincidan en cuanto a la naturaleza y modalidades de la convención a crear (condiciones o plazos). Con esta finalidad, es importante que el médico brinde al paciente o a la persona responsable, la información necesaria de

forma clara y desprovista de tecnicismos, indicando la finalidad del acto a realizar, sus riesgos y consecuencias mediatas e inmediatas.

Únicamente después de alcanzar la perfecta correspondencia de voluntades en estos tres sentidos, el consentimiento estará formado y nacerá el contrato con todos sus efectos.

Corresponderá al juez deducir de los hechos —de no existir consentimiento escrito— una voluntad tácita. Caso contrario, el contrato será nulo o inexistente.

Cabe mencionar que estamos de acuerdo con Acosta[1778] cuando sostiene que «Debería ser de la naturaleza del contrato médico el hecho de que el paciente dé una determinada libertad al facultativo para actuar tratando de salvar la vida y mejorar la salud del enfermo, libertad de la cual gozaría el médico, salvo derogación expresa por acuerdo de las partes».

27.37.5.1.2.2.1.2. Vicios de la voluntad

La voluntad que se manifiesta para la celebración de un contrato médico puede adolecer de vicios como la intimidación, el dolo y el error. La existencia de cualquiera de estos elementos acarrearía la anulabilidad del contrato.

A continuación, el análisis de los vicios de la voluntad en la celebración del contrato médico.

(a) Intimidación

Señala Albaladejo[1779] que la declaración de voluntad es inválida cuando el sujeto la realiza intimidado por la amenaza injusta de un mal que sufriría de no emitirla.

[1778] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, p. 134.

[1779] Albaladejo, Manuel. *El negocio jurídico. Op. cit.*, p. 107.

En consecuencia, la intimidación es un vicio consistente en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece un motivo determinante totalmente insólito y aunque realmente se quiere lo que se hace, sin embargo, no se quiere con absoluta libertad. Realmente hay voluntad, pero *voluntas coacta*, y por ello se permite impugnar el negocio.

Para que una declaración de voluntad adolezca del vicio de intimidación se necesita de determinados requisitos,[1780] a saber:

- El intimidante debe anunciar un mal o sufrimiento, el cual ha de ser inminente y grave y debe recaer sobre la persona o los bienes del intimidado, o sobre otras personas o bienes, siempre que la amenaza del mismo intimide al sujeto de quien se quiere obtener la declaración.
- El mal debe ser expresado mediante una amenaza, por sobre todo injusta o ilegítima.
- El temor que inspire tal amenaza debe ser racional y fundado.
- El evitar el mal debe ser el motivo determinante de la declaración; de tal forma que la falta de declaración sea causa del mal.

En el supuesto en que el médico indica a un paciente al que se diagnostica una apendicitis: «Es necesario que se opere pues de lo contrario puede desencadenarse una peritonitis que podría poner en riesgo su vida», se entiende que en caso de aceptar la operación el contrato sería válido, pues la declaración de voluntad, a pesar de haber sido inspirada en la evitación de un mal grave e inminente (la peritonitis) y de ser este el motivo determinante de la declaración, no es ni injusta ni ilegítima.

[1780] *Ibid.*, pp. 110-115.

(b) Dolo

El artículo 210 del Código Civil prescribe lo siguiente:

Artículo 210.- «El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto».

Sostiene Albaladejo[1781] que el dolo consiste en un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquel.

De tal forma que el error es causa inmediata de la declaración, y a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración.[1782]

Para que el dolo vicie la voluntad es preciso que sea determinante o causante y obra solo de una de las partes, o el médico o el paciente, puesto que de haber sido empleado por ambas partes no constituirá una causal de anulabilidad. Así lo señala el artículo 213 del propio Código:

> Artículo 213.- «Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes».

Además, recordemos que cualquier clase de comportamiento engañoso, sea una acción o una omisión, puede constituir el elemento objetivo del dolo. Sin embargo, para que el simple silencio constituya una conducta dolosa requiere que exista un deber de informar por parte de quien desea obtener la declaración.

[1781] *Ibid.*, p. 117.
[1782] *Idem.*

Cabe recordar que se equiparará a la provocación de error el mantenimiento en la ignorancia o error que desde antes padecía el declarante.

Resulta fácilmente identificable el dolo en el supuesto en que un médico indica a su paciente la realización de una operación innecesaria y además de mayor costo que un tratamiento no quirúrgico, lo cual beneficiaría económicamente al médico. En este supuesto el error del paciente consiste en creer que el tratamiento quirúrgico es necesario y de mayor beneficio que el no quirúrgico; el comportamiento engañoso consiste en el aprovechamiento de la posición de poder científico que posee el médico con respecto al paciente, al hacerle creer que el tratamiento quirúrgico es el adecuado; y, finalmente, el requisito de determinabilidad se presenta cuando el paciente declara estar de acuerdo con que se le realice la operación, inducido por la creencia de que el tratamiento quirúrgico es el adecuado.

No obstante, en otras situaciones la presencia del vicio no resulta tan clara. Con respecto a este ejemplo es importante recalcar que en la profesión médica no hay nada taxativo, y que lo que para algunos profesionales es de tratamiento médico para otros es de tratamiento quirúrgico. Esto se observa, sobre todo, cuando se enfrentan médicos jóvenes con médicos veteranos. Es importante en casos como estos, que el paciente recurra a una segunda —y hasta una tercera— opinión. Caso contrario, quedará a cargo del médico el probar que el tratamiento indicado era el más indicado.

(c) Error

El error puede ser de dos tipos: error esencial —o impropio— o error vicio —o propio—.

El error esencial consiste en una discrepancia inconsciente entre lo que se quiere y lo que se declara, entre la voluntad y la declaración.

Mientras tanto, el error vicio es aquel en que la voluntad se formó anormalmente sobre la base de una creencia inexacta.

Señala el Código Civil en su artículo 201 que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Tanto el error esencial como el error vicio pueden ser de varias clases: error en la identidad del objeto, error en la cualidad del objeto, error en la cantidad, error en la persona, error *in negotio* (que comprende la índole, contenido principal, naturaleza, requisitos y elementos del negocio) y error en el motivo.

Por las características esenciales del contrato médico, el error esencial en este ámbito no podría estar referido al objeto. Lo más común será que se trate de un error en el negocio o en la persona —y más comúnmente en la persona del médico—.

Acosta[1783] señala el ejemplo de un contrato celebrado entre un médico y una paciente de edad avanzada, quien tiene un defecto en el rostro, a objeto de que efectúe el primero una operación de cirugía estética. El médico entiende que la mujer desea eliminar dicho defecto de su faz, y la dama entiende que el profesional le efectuará una operación de estiramiento de cutis. En este caso, se estará ante un error esencial en el negocio.

Constituye un ejemplo de error vicio en la persona celebrar un contrato médico con el Doctor Pérez creyendo que era el Doctor Sánchez (situación no poco frecuente en el ámbito médico, la misma que ocurre —por ejemplo— cuando un médico sale de vacaciones o cuando comparte su consultorio). Este es un error que vicia la voluntad ya que las cualidades personales de la otra parte (en este caso del Doctor Sánchez) son elementos determinantes para la celebración del contrato. Recordemos que una de las características del contrato médico es el ser *intuitu personae*.

[1783] Acosta Ramírez, Vicente *Op. cit.*, p. 137.

De otro lado, y dejando de lado aspectos teóricos, nos ponemos a pensar en qué cuestiones de orden práctico incidirían en la anulación del contrato, en el ejemplo anterior, una vez que el Doctor Pérez ya hubiera atendido al paciente. Si luego llegara el Doctor Sánchez —disculpándose por haber dejado su consultorio al Doctor Pérez, por motivos familiares—, habiéndose ejecutado la prestación de una de las partes, ¿el paciente podría solicitar la anulación del contrato, negándose a pagar los honorarios del Doctor Pérez? ¿no se trataría acaso de un abuso del derecho?

27.37.5.1.2.2.2. Capacidad

El contrato médico, al igual que cualquier otro contrato, supone la manifestación de la voluntad de quien esté en capacidad de concertarlo —paciente o representante legal—. Es decir, supone la capacidad de ejercicio o de hecho, que es la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas;[1784] en este caso, para manifestar la voluntad y poder celebrar un contrato válido, ya sea a favor propio o a favor de un tercero.

No obstante, también los incapaces —absolutos o relativos— no privados de discernimiento pueden celebrar libremente, por sí solos, un contrato médico válido, dado que se trata de un contrato relacionado con una necesidad ordinaria de su vida diaria, como lo es la salud (argumento del artículo 1358 del Código Civil). Es el caso de un

[1784] Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de las personas. 3ª edición. Lima: Ed. Huallaga, 2001, p. 322.

niño de diez años, quien se corta al estar jugando y acude a un centro de salud para ser atendido.

En estos casos, corresponderá al juez determinar si la persona se encuentra privada o no de discernimiento.

Solo en el caso de que los representantes legales negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de los sujetos a su cargo, el médico tratante (o el establecimiento de salud) deberá comunicarlo a la autoridad judicial competente, para que sea esta la que emprenda las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

Por otra parte, se entiende que todo sujeto de derecho tiene capacidad de goce o de derecho para participar como beneficiario de la prestación del médico, incluso en el caso del concebido.

27.37.5.1.2.2.3. Objeto

De la Puente[1785] señala que «la obligación no tiene objeto sin contenido, constituido por la prestación, y que el objeto de ésta son los bienes o servicios que a través de su actividad se obtienen. La ejecución de la prestación es la manera de cumplir la obligación y de alcanzar el resultado. Se puede decir, según aguda expresión de Miccio, que el objeto es el resultado de la prestación visto desde el punto de vista del deudor, mientras el resultado es el objeto de la prestación visto desde el punto de vista del acreedor».

Dentro de este orden de ideas, el objeto del contrato médico es la constitución de obligaciones, tanto para el facultativo como para el paciente. Estas obligaciones tienen como contenido la ejecución de

[1785] De La Puente y Lavalle, Manuel, *Op. cit.*, Primera Parte, tomo III, p. 295.

una prestación de hacer (atención diligente de salud) por parte del médico y de hacer (seguir el tratamiento indicado) por el paciente, y de no hacer (abstenerse de efectuar todo aquello que sea contrario o perjudicial al tratamiento prescrito) y de dar (pago de honorarios profesionales), por el paciente.

Es evidente, además, que de estar determinado el objeto del contrato médico, deberá ser física y jurídicamente posible, de acuerdo a los artículos V del Título Preliminar, 140, numeral 2, y 1402 del Código Civil.

El objeto del contrato médico será físicamente imposible cuando la prestación no sea materialmente realizable. Es el caso, por ejemplo, del contrato que tiene por objeto el cambio de sexo.

Ello, pues si bien la modificación de las características físicas sexuales de una persona, mediante una intervención quirúrgica, podría llevarnos a pensar que el cambio de sexo es materialmente practicable, esto, en rigor, no es cierto. Las características sexuales del ser humano provienen de los cromosomas que están contenidos en cada una de sus células, de tal forma que para realizar un «cambio de sexo» tendrían que intervenirse todas las células del cuerpo humano y alterar su patrimonio cromosómico. Esto, actualmente, no es posible y, por tanto, tal contrato sería nulo.

El objeto del contrato médico será jurídicamente imposible cuando la prestación implique la disconformidad con algún precepto del Derecho.

Un supuesto de objeto de contrato jurídicamente imposible es el de quien promete la entrega de un órgano a título oneroso o bajo modalidades encubiertas de compensación, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico u otra contraprestación de análoga naturaleza, puesto que las normas imperativas indican que la cesión de órganos debe ser gratuita (artículo 2 de la Ley N.° 27282, Ley de Fo-

mento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos). Incluso puede pensarse que este contrato sería nulo por falta de objeto, dado que el cuerpo humano no puede ser objeto del Derecho.

Por otra parte, sería ejemplo de contrato ilícito, aquel celebrado entre un médico y una paciente, que tenga por objeto la interrupción del embarazo sin fines terapéuticos, prohibido por normas penales.

Acosta[1786] plantea como ejemplo de objeto ilícito el problema de los contratos médicos que liberan de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, caso en el cual el médico celebra con el paciente una convención de irresponsabilidad, en virtud de la cual, en caso de que cometiese un error perjudicial para la salud o la vida del paciente, tuviese la posibilidad de invocarla para dispensarse de reparar el daño.

Al tratar de estas cláusulas de exoneración de responsabilidad nos referimos al hecho de pactar, antes de que se produzca el hecho negligente, imperito o imprudente, la irresponsabilidad del futuro autor en el caso de llegar a producirse el daño. No debemos confundir estas cláusulas con el efecto del consentimiento del enfermo para la operación o tratamiento riesgoso, que pone de cargo del enfermo los riesgos propios del tratamiento, pero que en ningún caso exonera al facultativo de la responsabilidad que le afecta por la falta de debida diligencia durante el tratamiento u operación subsiguiente.

Todo esto va de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1328 del Código Civil, comentado en el Capítulo respectivo.

Acosta[1787] sostiene que: «Incluso se puede estimar que, cuando el médico celebra un contrato, por el cual se compromete a la entrega

[1786] Acosta Ramírez, Vicente, *Op. cit.*, pp. 175-177.
[1787] *Ibid.*, p. 177.

de ciertos servicios profesionales en forma diligente y, además, se le exonera de toda culpa que pueda emanar de la relación, en realidad se está dejando sin efecto el contrato, pues él tenía precisamente por objeto la prestación de los servicios diligentemente».

27.37.5.1.2.2.4. Causa

La causa es el fin inmediato e invariable de un acto; es el efecto jurídico por el cual (al perseguirlo) la voluntad se manifiesta, o sea, el fin próximo que determina la voluntad de obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato, siendo idéntica para todos los actos pertenecientes a la misma especie. Además, la causa es perfectamente diferente y distinguible de los motivos que impulsan a las partes a celebrar el contrato.

En consecuencia, y dado que la causa se refiere a la obligación nacida del contrato, en el contrato médico la causa más usual es el intercambio de la atención de salud por los honorarios. La causa o fin de la obligación del médico será el pago de los honorarios profesionales por parte del paciente; mientras que la causa de la obligación de este estará constituida por la obligación del médico de una atención diligente de acuerdo a los avances de la ciencia médica.

En el supuesto de que se trate de un contrato médico gratuito, valdría decir que el fin de la obligación del médico es el propósito de hacer una liberalidad, sin que se consideren los motivos concretos o particulares que lo impulsaron.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 219, inciso 4, que adolece de nulidad el acto jurídico cuyo fin sea ilícito. Es así que, por ejemplo en los supuestos de eutanasia o aborto, donde el fin de la obligación es claramente ilícito, no existiría contrato médico y por tanto solo cabría, en el caso de haberse producido un daño, la responsabilidad extracontractual.

27.37.5.1.2.2.5. Formalidad

Como hemos comentado al tratar las características del contrato médico, este es generalmente consensual, ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, y no porque la ley así lo exija.

Sin embargo, existen determinados actos médicos para los cuales es necesario que el consentimiento conste de manera escrita. Ello, conforme lo establece la Ley General de Salud:

a. La aplicación de métodos anticonceptivos definitivos.[1788]

b. La aplicación de técnicas de reproducción asistida.[1789]

c. La disposición de órganos y tejidos de seres humanos en vida.[1790]

[1788] Artículo 6.- «Toda persona tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.
Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito».

[1789] Artículo 7.- «Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.
Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».

[1790] Artículo 8.- «Toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres o de animales para conservar su vida o recuperar su salud. Puede, así mismo, disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de transplante, injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione grave perjuicio a su salud o comprometa su vida.
La disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante. Los representantes de los incapaces, comprendidos dentro de los alcances del artículo 4° de esta ley, carecen de capacidad legal para otorgarlo.
Para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres se estará a lo declarado en el Documento Nacional de Identidad, salvo declaración posterior en contrario hecha en vida por el fallecido que conste de manera indubitable y los casos previstos en el Artículo 110° de la presente ley.
En caso de muerte de una persona, sin que ésta haya expresado en vida su voluntad de donar sus órganos o tejidos, o su negativa de hacerlo, corresponde a sus familiares más cercanos disponerlo».

d. La aplicación de tratamientos especiales, la realización de pruebas riesgosas o la práctica de intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente.[1791]

e. La investigación experimental con personas.[1792]

La Ley General de Salud no hace alusión a la validez del contrato en caso de no contarse con esta formalidad para el consentimiento.

[1791] Artículo 27.- «El médico tratante, así como el cirujano-dentista y la obstetriz, están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos.
Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado».

[1792] Artículo 28.- «La investigación experimental con personas debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados».
Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos:
22. «En toda investigación en seres humanos, cada individuo potencial debe recibir información adecuada acerca de los objetivos, métodos, fuentes de financiamiento, posibles conflictos de intereses, afiliaciones institucionales del investigador, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento. La persona debe ser informada del derecho de participar o no en la investigación y de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin exponerse a represalias. Después de asegu-

Finalizamos señalando que la historia clínica no constituye un requisito para la celebración del contrato médico, no es una formalidad necesaria, sino que es parte de su perfeccionamiento o ejecución; es parte del acto médico.

27.37.5.1.2.3. Que se haya producido un daño

En su oportunidad señalamos que sin daño no hay reparación.

El daño es todo menoscabo sufrido por una persona en cualquiera de sus bienes jurídicos protegidos (bienes materiales e inmateriales), como consecuencia del acto ilícito de otra persona, como es —para el caso que nos interesa— el incumplimiento de una obligación.

Además, para que este daño pueda ser reparado debe cumplir, por lo menos, con los siguientes requisitos: 1) ser cierto, 2) no haber sido reparado con anterioridad, 3) ser directo, 4) ser personal de quien demanda su reparación, y 5) constituir la vulneración de un interés jurídicamente tutelado.

Sin duda, la mayoría de casos en los que se produzca un daño se presentará durante o después del tratamiento facultativo. El daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación médica puede ser tanto de orden material como de orden moral. Al respecto, la Sala 2ª del T.S. Español en su sentencia del 21 de junio de 1968 considera como daños morales, entre otros, los causados por intervenciones facultativas. La Sala 1ª del mismo Tribunal, en su sentencia de 28 de febrero de 1964, incluye entre los daños morales «los perjuicios que se refieren a los bienes inmateriales de la salud», así como los dolores

rarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico debe obtener entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede obtener por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestiguado formalmente».

o traumatismos físicos a consecuencia de lesiones. Claro está que de unos mismos hechos pueden derivarse conjuntamente perjuicios materiales y morales.

Algunos tipos de daño en torno a la mala praxis pueden ser, por ejemplo, la muerte, las lesiones corporales (incluyendo al daño estético),[1793] perturbaciones funcionales, entre otros.

Es atinado el criterio de Acosta cuando señala que «No todo menoscabo debe presumirse causado por el hecho médico, puesto que generalmente ya existía un detrimento. Lo que en realidad se le im-

[1793] Según Vicente Acosta (Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 394 y 395), «El daño estético comprende todo detrimento, disminución o desmejoramiento del aspecto físico de la persona; es una alteración que es traducida en una mengua o deterioro de la armonía del cuerpo que lo hace agradable a los ojos propios y de los demás.
Existe una tendencia a admitir a este tipo de daño en forma restringida o limitada, fundada en la premisa de que semejante daño sólo lo sufren las personas del sexo femenino, en particular atendiendo a la actividad que efectúan y sólo en los casos en que el menoscabo se produce en las partes del cuerpo que se muestran o exhiben habitualmente.
El daño estético disminuye las posibilidades de trabajo y, por ende, de ganancia económica cuando se traduce en secuelas desagradables a la vista de terceros. Por otro lado, tiene una gravitación sobre la psiquis de quien lo sufre, provocándole una manifiesta situación de inferioridad, tanto en el aspecto material, como social, familiar y personal.
Por tanto, el daño estético es fuente de perjuicios económicos, directos o indirectos, y de daños morales, por el sufrimiento que acarrea.
Muchas de las acciones por responsabilidad promovidas en los Estados Unidos de Norteamérica tienen como base un menoscabo en la belleza física: una cicatriz de aspecto desagradable, una deformación consecuencia de un mal tratamiento ejecutado sobre el paciente. Surge acá la importancia del cumplimiento del deber de información al paciente sobre los efectos que la intervención traerá.
Evidentemente que no puede acusarse de responsabilidad al médico por un daño estético y necesario que procede en una intervención y que sin él sería imposible pretender una curación de un mal mayor que el enfermo padece. Sólo se refiere al daño estético innecesario y producto de un actuar culposo por parte del agente médico».

puta al facultativo es un daño agregado, esto es, agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones, muerte».[1794] Y es que, en efecto, a pesar de que el profesional médico no tenga por obligación curar al enfermo, si aquel produjese un agravamiento de la situación de salud de este por un incumplimiento culposo, sería responsable y estaría obligado a indemnizarlo.

27.37.5.1.2.4. Que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico

Para que se genere la responsabilidad médica, es requisito indispensable que, además de haberse celebrado un contrato válido entre la víctima del daño y el causante de este, el daño se haya originado en el incumplimiento o en el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del contrato, imputable a la otra parte.

En consecuencia, es necesario que exista una relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el contrato celebrado por las partes. Es decir, que el perjuicio para el acreedor derive del incumplimiento o inejecución de la obligación preexistente. Caso contrario, nos hallaríamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual, aun cuando el daño se produzca con ocasión del contrato.

A continuación se analizará el contenido de las obligaciones que conforman el contrato médico. Recordemos que dichas obligaciones consisten en prestaciones no solo a cargo del médico, sino también a cargo del paciente. Hemos señalado ya que el médico se obliga a brindar una atención diligente mientras que el paciente se obliga al pago de los honorarios.

[1794] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 392.

Sin embargo, no debe dejarse de lado, como consecuencia de la buena fe implícita en la relación contractual, el deber de cooperación que atañe al paciente, destinado a hacer posible el cumplimiento de la prestación por parte del médico deudor.

En el contrato médico, las obligaciones del paciente —exceptuando la del pago de honorarios— son en beneficio de este mismo y no de aquel.

Dada la complejidad de la relación médico-paciente y el hecho de que el servicio médico se realice sobre el cuerpo o la psiquis del enfermo, dicha colaboración es de fundamental importancia.

Forma parte de las obligaciones del paciente el cumplir con determinadas conductas que posibiliten o faciliten la prestación a cargo del profesional médico, y que muchas veces asegurarán el éxito de esta prestación.

27.37.5.1.2.4.1. Obligaciones del paciente

27.37.5.1.2.4.1.1. Obligación de información o de lealtad de información

En forma correlativa a la obligación del médico de escuchar al paciente y de formularle a este las preguntas pertinentes a fin de averiguar la etiología de su dolencia, existe un deber —por parte del paciente— de informar y brindar al facultativo todos los datos —tanto positivos como negativos— que puedan ser relevantes para la elaboración de su historia clínica y, por tanto, de su diagnóstico y pronóstico.

El paciente tiene la obligación de informar al médico, fielmente, acerca de sus síntomas y antecedentes. No obstante, ello no implica que el facultativo se conforme con la información que le proporciona el paciente. El médico siempre estará en la obligación de indagar e inquirir los mayores detalles posibles, en la medida que es él quien

posee el conocimiento científico médico. El galeno debe procurar que el paciente comprenda que su sinceridad redundará en su propio beneficio.

Mosset Iturraspe sostiene acertadamente que «La averiguación por el médico de las probables causas de la enfermedad, sobre la base de la información que le brinda el enfermo, es un derecho y un deber. La información amplia, sin reservas ni reticencias, que corre a cargo del paciente, puede dar pie a la defensa (por parte del médico): daño originado en su propia culpa».[1795]

Todo esto significa que el médico-deudor podría argumentar en su defensa la falta de provisión de información por parte del paciente-acreedor, de tal forma que el causante de su propio daño habría sido este mismo, al no practicar los actos necesarios —en este caso el proporcionar toda la información requerida— para que se pueda ejecutar la prestación por parte del médico-deudor, estando en condiciones de hacerlo.

Lo expresado tiene su correlato normativo en nuestro Código Civil, en los artículos 1326, sobre el daño ocasionado por dolo o culpa del acreedor, y 1338, 1339 y 1340, normas relativas a la mora del acreedor y sus consecuencias.

Este deber de información por parte del paciente se encuentra inmerso dentro del deber genérico de velar por la propia salud, que promueve la Ley General de Salud en su artículo 16, que analizamos a continuación:

> Artículo 16.- «Toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud y la de las personas a su cargo.

[1795] Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 125.

> El deber personal de atender y conservar la propia salud sólo puede ser exigido cuando tal omisión es susceptible de incidir negativamente en la salud pública o en la de terceras personas».

En primer término, toda persona tiene el deber de hacer todo lo posible para lograr el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud. Dentro de esta obligación genérica se encuentran los deberes de informar al médico y de seguir el tratamiento prescrito. Sin embargo, este deber, enunciado por la Ley, es solo de carácter moral o ético, no existiendo correlato normativo que implique su exigibilidad cuando tal omisión no perjudique a nadie. En tal sentido, remitimos al lector a lo expresado con ocasión del análisis del artículo 4 de la Ley.

Solo le sería exigible el deber personal de atender y conservar su propia salud, cuando tal omisión fuere susceptible de incidir negativamente en la salud pública o en la de terceras personas.

Sin embargo, reiteramos que en el ámbito contractual, a efectos de que el médico-deudor pueda ejecutar su prestación, es necesario que el paciente cumpla con los deberes señalados, de tal forma que el incumplimiento de estos liberaría, en principio, de responsabilidad al profesional.

El segundo extremo del artículo 16 recala en el deber de toda persona para velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de la salud de las personas a su cargo. El cumplimiento de este deber sí resulta exigible por parte del Estado a quien tenga la obligación de efectuar dicha prestación, lo que escaparía ya al ámbito contractual.

27.37.5.1.2.4.1.2. Obligación de seguir el tratamiento

El tratamiento médico, entendido como conjunto de pautas de cuidado proporcionado al paciente para combatir, mejorar o prevenir la

enfermedad, trastorno o lesión —ya sea de manera farmacológica, quirúrgica o de soporte— que se da como consecuencia de un diagnóstico, se caracteriza por no ser un proceso lineal, sino que está sujeto a múltiples alternativas en las que son posibles avances y retrocesos de acuerdo a la evolución del paciente, los cambios en el diagnóstico y terapéutica. De tal forma que la continuidad y persistencia en él son fundamentales para el logro del efecto médico final deseado.

Para que eso ocurra se requiere de la colaboración de ambos sujetos de la relación: médico y paciente.

La descontinuación del tratamiento por parte del paciente puede provenir de dos fuentes: de un lado, del simple desaliento o abandono o la negativa a seguir un tratamiento determinado y, de otro lado, del cambio de médico.

En ambos casos se da una suerte de interrupción de la relación por incumplimiento de las obligaciones por parte del paciente, lo cual podría acarrear la no curación —en el caso que fuese posible— o el agravamiento de la enfermedad. Sin embargo, a pesar de que este incumplimiento traiga como consecuencia la resolución del contrato, el médico no estaría en condiciones de solicitar el cumplimiento ni la indemnización por daños y perjuicios, pues el paciente goza de la ya comentada facultad de *desistimiento unilateral* amparada expresamente por el artículo 15 de la Ley General de Salud al sostener que toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho de negarse a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento como corolario de la libertad de elección y de disposición sobre el propio cuerpo y la salud.

Mosset Iturraspe[1796] sostiene que ni el médico puede, sin causa justificada, abandonar al paciente, ni puede este —a menos que quiera desligar al médico— hacer lo mismo con el profesional que le brinda el servicio. Una vez que el paciente solicita y obtiene los servicios de un médico no puede prescindir de él sin razón: si cambia de médico por estimar que no se ajusta a sus necesidades, deberá pagar sus honorarios y, sobre todo, poner término al contrato que les une de manera expresa, señalando que ha decidido consultar a otro médico.

[1796] Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 141.

Yungano[1797] considera como un deber adicional por parte del paciente la comunicación de la decisión de consultar a otro profesional. Señala además que de preferencia el primer médico dejará constancia de ello en la historia clínica. Igual criterio se impone si tal decisión es tomada por los familiares de un enfermo que no está en condiciones de resolver por sí mismo.

El mencionado profesor cita dos fallos jurisprudenciales importantes, respecto al caso del paciente que suspende el tratamiento y recurre a otro médico:

> El enfermo que interrumpe un tratamiento y se confía a otro profesional o a otro servicio médico, excluye la responsabilidad de quienes inicialmente lo trataron y de ningún modo pudieron controlar o influir sobre las secuencias sobrevinientes de su mal; y
>
> Generalmente se ha mirado con disfavor la actitud del enfermo que interrumpe el tratamiento comenzado bajo la asistencia de un profesional o sanatorio y confía su curación a otro porque el tratamiento de las enfermedades, lejos de ser una fórmula matemática, está sujeto a alternativas de toda índole que se traducen en mejorías y declinaciones.

Por su parte, Acosta[1798] señala que en los Estados Unidos de América uno de los medios de defensa de la responsabilidad profesional

[1797] Yungano, A. *Op. cit.*, p. 125.
[1798] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 225.

del médico es la denominada *negligencia cooperante por parte del paciente*, que ha sufrido los daños que dan origen al reclamo.

Se entiende que luego de celebrado el contrato médico, el paciente se encuentra obligado a observar cuidadosamente todas las prescripciones que reciba, pues por regla general no le es concedida la indemnización por daños a un enfermo si el médico puede probar que la negligencia del paciente motivó o contribuyó de manera directa e inmediata a la lesión que origina la demanda.

Acosta señala que la negligencia cooperante se genera cuando:

- El paciente se niega a adoptar el tratamiento prescrito;
- El paciente deja de seguir las instrucciones recibidas;
- El paciente realiza algún acto que de algún modo impide el restablecimiento de su salud; o
- El paciente adopta simultáneamente un tratamiento diferente, indicado por otro facultativo.

Nos permitiríamos agregar a estos supuestos el de aquel paciente que sufre alguna contraindicación durante el seguimiento del plan terapéutico que el médico ha ordenado y que, en vez de acudir al mismo médico, procede a autoprescribirse.

En todos estos casos es claro el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o parcial, por parte del paciente, de su obligación de seguir el tratamiento indicado, lo cual le impediría exigir el cumplimiento del resto de obligaciones por parte del médico (excepción de incumplimiento) e incluso le impediría reclamar una indemnización por daños y perjuicios en materia de responsabilidad contractual, pues el daño se habría generado por culpa del acreedor.

En la legislación nacional, la negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso, según lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley General de Salud.

Es de recordar que esta obligación se halla inmersa en el deber de velar por la propia salud y la de las personas a su cargo, proclamado por el artículo 16 de la Ley General de Salud.

De acuerdo con lo comentado sobre este artículo, solo sería exigible al paciente el deber personal de seguir el tratamiento indicado, cuando su omisión fuere susceptible de incidir negativamente en la salud pública o en la de terceras personas. De tal manera que le sería jurídicamente exigible, por ejemplo, a un enfermo de tuberculosis pulmonar —enfermedad muy frecuente en nuestro país— que siga su tratamiento medicamentoso —y recordemos que es un tratamiento gratuito— pues correría peligro la salud de las personas que vivan con él. Sin embargo, este es un tema que escapa a las obligaciones contractuales del médico y —por tanto— se tendría que recurrir a la autoridad judicial competente para ejercer las acciones coercitivas correspondientes.

27.37.5.1.2.4.1.3. Obligación de abstención perjudicial

Correlativamente a los deberes comentados, y a fin de lograr el éxito o fracaso de un tratamiento, es deber del paciente abstenerse de efectuar todo lo que fuese contrario y perjudicial al tratamiento prescrito por el médico.

Para efectos probatorios, es recomendable que el galeno deje por escrito las recomendaciones que haga a cada paciente. No obstante, es válida la simple recomendación verbal.

Asimismo, cabe señalar que existen consejos —por demás lógicos— como aquel de no ingerir bebidas heladas durante un resfriado, los mismos que el paciente promedio está en condiciones de inferir y

que por más de que el profesional médico haya obviado mencionarlos, el paciente —actuando con diligencia ordinaria— debe seguir.

Esta obligación también está incluida dentro del ya comentado artículo 16 de la Ley General de Salud.

27.37.5.1.2.4.1.4. Obligación de pago de honorarios

Hemos sostenido que una de las características del contrato médico es su onerosidad.[1799]

Empero, es posible que el contrato sea gratuito en virtud de un acuerdo expreso entre las partes por el cual el médico no exija pago alguno de honorarios, motivado por razones de índole familiar, amical o caritativa.

No obstante, es importante mencionar que el médico se encuentra obligado a actuar de forma diligente aun cuando el contrato sea gratuito.

De otro lado, el paciente está obligado a pagar los honorarios del médico independientemente del resultado obtenido. Ya hemos dicho que la prestación del médico no consiste en curar sino en asistir y tratar al paciente en forma diligente de acuerdo con las reglas que indique la ciencia.

[1799] Al respecto, el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú señala en el Título referente a los Honorarios Profesionales lo siguiente:
Artículo 26.- «Aunque el acto médico es en esencia invalorable, debe ser remunerado en justicia. Los procedimientos médicos, por la complejidad de factores que intervienen, tienen en el Tarifario Médico su mecanismo regulador de referencia.
Los honorarios profesionales del médico serán fijados por este, tomando en consideración la situación económica del paciente».
Artículo 27.- «Comete falta ética el médico que se negare a atender pacientes en situación de emergencia por razón a su capacidad de pago o que utilizare el mecanismo de los honorarios para discriminarlos».

El monto de los honorarios es acordado por las partes —previa estimación del profesional y aceptación por el paciente— o bien, si se trata de la asistencia prestada en instituciones intermedias (hospitales, clínicas, etc.), fijadas por estas o por los colegios profesionales, en cuyo caso el honorario es impuesto a médico y paciente.

En el supuesto de no existir acuerdo o si el médico se viera obligado a llevar el caso a los Tribunales de Justicia, corresponderá al juez fijar el monto si es que el profesional no hubiera podido probar la cantidad pactada. La tendencia jurisprudencial francesa sostiene que los médicos pueden probar —por todos los medios permitidos por la ley procesal— sus reclamos de honorarios, lo que incluye —por cierto— la prueba testimonial.[1800]

La jurisprudencia es pacífica en cuanto a la presunción de onerosidad de asistencia médica. Sucede de igual manera en el caso de que el médico sea pariente del enfermo o tenga con él trato de amistad, no constituyendo obstáculo alguno para el reclamo, la circunstancia de que se carezca de un arancel obligatorio.

A efectos de determinar el honorario, los jueces deberán tener en cuenta la capacidad, el prestigio y la jerarquía científica del médico; las características y la gravedad de la dolencia; la importancia y la calidad de los servicios prestados, así como la situación económica del paciente.[1801]

27.37.5.1.2.4.2. Obligaciones del médico

27.37.5.1.2.4.2.1. Obligaciones genéricas del médico

El contrato médico lleva implícito el hecho de que el profesional médico cuente con los requisitos de titulación, colegiación, especializa-

[1800] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 234.
[1801] Yungano; López Bolado; Poggi; y Bruno. *Op. cit.*, p. 126.

ción y demás que señale la ley. Así lo establece la Ley General de Salud en su artículo 22:

> Artículo 22.- «Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley».

De ello se desprende que una de las principales obligaciones del profesional que desee ejercer la medicina en el Perú es cumplir con todos estos requisitos previos, para así poder realizar la labor de asistencia que le compete.

27.37.5.1.2.4.2.2. Deber de asistencia o cuidado

La asistencia médica conforma el acto médico por excelencia. La obligación de asistencia se entiende implícita dentro del contrato médico sin necesidad de cláusula especial y tiene su sustento en el artículo 7 de la Constitución, cuando señala que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Etimológicamente, asistir proviene del latín *ad* y *sistere*, que significa pararse, detenerse para ayudar, socorrer, estar presente.

La asistencia no se agota en un acto sino que significa una serie de atenciones y prestaciones encadenadas[1802] que culminan con la curación del paciente, el alivio de su dolencia, el cambio de profesional responsable o —muchas veces— la indefectible muerte. En este transcurso, se sostiene que el médico es responsable por los daños que cause al paciente, por el hecho de abandonarlo sin justo motivo. Y aún más, Galán Cortés considera a la sola privación del derecho de asistencia médica —independientemente de sus consecuencias— como un daño, en cuanto supone una imposibilidad de tratamiento y, por lo tanto, una imposibilidad de curación. Sostiene que la negación de asistencia médica supone privar de un derecho constitucional, lo que por sí solo es indemnizable.[1803]

La libertad de contratar es discrecional del médico —salvo en los casos de emergencia—, pero una vez establecido el vínculo, la obligación de asistencia es absoluta.

Sin embargo, sostiene Acosta[1804] que el facultativo no tendría responsabilidad por abandono en los siguientes eventos:

- Si el paciente puso término a la relación contractual, confiándose a otro profesional;
- Si el médico notifica su decisión de interrumpir la relación con suficiente antelación, para permitir la búsqueda de un sustituto; y
- Por enfermedad del facultativo u otro impedimento plenamente justificado.

En los dos últimos casos, el facultativo ha de buscar los medios adecuados para notificar de estos hechos a sus pacientes o, en todo caso, prever su propio reemplazo.

[1802] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 117.

[1803] Galán Cortés, Julio César. *La responsabilidad civil del médico.* Madrid: Jarpyo Editores, 1999, pp. 38-40.

[1804] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 253 y 254.

En adición a lo expresado, cabe resaltar la importancia del artículo 3 de la Ley General de Salud cuando trata sobre el derecho de toda persona a recibir atención médico-quirúrgica de emergencia, y, concomitantemente, del deber de todo médico de prestarla.

El texto original del artículo 3 de la Ley General de Salud, prescribía lo siguiente:

> Artículo 3.- «Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico-quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud.
>
> El reglamento establece los criterios para la calificación de la situación de emergencia, las condiciones de reembolso de gastos y las responsabilidades de los conductores de los establecimientos».

El precepto establecía el derecho de toda persona a recibir tratamiento médico quirúrgico de emergencia, cuando ello era necesario y la situación lo exigía, independientemente del establecimiento de que se tratara.

La importancia del precepto radicaba en la obligación de todo establecimiento médico y, por ende, de todo profesional de la medicina, de brindar estos servicios, sin distinción alguna. Resulta evidente que la norma tenía carácter imperativo y ningún profesional de la medicina, así como tampoco ningún establecimiento relacionado con la misma, podía sustraerse de atender a una persona que llegara en situación de emergencia, e incluso la imposibilidad de rehusar el tratamiento se hacía extensiva a las intervenciones quirúrgicas.

Esta situación que afrontaban los médicos y los establecimientos de salud en general, difiere sustancialmente de aquella en la que se encuentran la mayoría de profesionales, quienes no se hallan obligados a prestar sus servicios sin que medie su asentimiento. Sin embargo, al estar de por medio la vida de la persona, la Ley imponía a los Médicos y personas de profesiones afines este deber, ausente respecto de otros profesionales.

De esta forma, tanto un establecimiento asistencial público como uno privado, podían ser objeto de responsabilidad en la medida que negaran atención a una persona en situación de emergencia, aunque la misma no contara en ese momento con los recursos para afrontar los requerimientos económicos del establecimiento asistencial, los costos hospitalarios, quirúrgicos, así como los honorarios profesionales que eventualmente cobrasen de manera habitual los profesionales en cuyas manos recaería la atención de estos pacientes.

Si se negaba dicha atención a una persona en situación de emergencia, los profesionales comprendidos en esa negativa eran susceptibles de responder no solo civilmente por los daños y perjuicios que pudiera sufrir el paciente, sino hasta resultaba posible hablar de una eventual responsabilidad penal por la comisión del delito de abandono de personas en peligro.

Ahora bien, dentro del ámbito de la responsabilidad civil que concierne a este estudio, podría afirmarse que una negativa a brindar asistencia médica en estos casos, necesariamente debía ser calificada como un acto doloso, cuyas consecuencias en materia indemnizatoria se rigen por los preceptos de responsabilidad civil extracontractual.

En este caso, el deber de no causar daño a otro, representado por la norma genérica del artículo 1969 del Código Civil, se ve reforzado con la existencia del artículo 3 de la Ley General de Salud, que obliga a atender a las personas en situación de emergencia.

El mandato del citado precepto —en su versión original— planteaba una situación singular, pues si el paciente carecía de recursos patrimoniales el establecimiento asistencial podía verse expuesto a no

cobrar suma alguna por los servicios médicos o quirúrgicos brindados. Por el contrario, si la condición patrimonial del paciente lo permitía, este quedaba obligado al pago del íntegro del tratamiento de emergencia que recibió.

Consideramos que de acuerdo con el espíritu de la norma, esta situación particularmente aleatoria venía impuesta por la naturaleza de la profesión de Médico y la situación de emergencia que le correspondió atender.

Por lo demás, la norma original regulada por el artículo 3 de la Ley tenía que ser analizada con ponderado criterio de razonabilidad, en el sentido que debían confluir en la situación de emergencia diversos factores. Por ejemplo, la cercanía o lejanía del establecimiento de salud y el mayor o menor riesgo de hipotéticos traslados del paciente.

También resulta claro en torno a este tema, que el centro asistencial o los profesionales que atendiesen al paciente, no podían proporcionarle un servicio de inferior calidad que aquel que habitualmente ponían al alcance de otros pacientes, no por mandato de la Ley, sino por acuerdo de partes con sus familiares, en similares condiciones de emergencia.

Finalmente, no debía confundirse el sentido del artículo 3 de la Ley con la figura del contrato forzoso, ya sea en sus modalidades ortodoxo o heterodoxo, figuras en principio ajenas a nuestro ordenamiento constitucional. No estamos en presencia de contrato alguno. Un proceder de esta naturaleza solo tiene relación con la norma legal (en este caso, la Ley General de Salud), que ordena actuar de esta manera.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley N° 27604, promulgada el 19 de diciembre de 2001 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 22 de diciembre de ese año, se modificaron

los artículos 3 y 39 de la Ley General de Salud, por normas del siguiente texto:

> Artículo 3.- «Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud.
>
> Después de atendida la emergencia, el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.
>
> El Reglamento establece los criterios para determinar la responsabilidad de los conductores y personal de los establecimientos de salud, sin perjuicio de la denuncia penal a que hubiere lugar contra los infractores».
>
> Artículo 39.- «Los establecimientos de salud sin excepción están obligados a prestar atención médico quirúrgica de emergencia a quien la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud.
>
> Estos establecimientos de salud, después de atendida la emergencia, tienen derecho a que se les reembolse el monto de los gastos en que hayan incurrido, de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago».

En adición a lo expuesto, la Ley N° 27604, en su artículo 2, reguló el tema de la atención médica en los establecimientos de salud en el momento del parto. La citada norma establece lo siguiente:

> Artículo 2.- «Toda mujer que se encuentre en el momento del parto tiene derecho a recibir en cualquier establecimiento de salud la atención médica necesaria, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención mientras subsista el momento de riesgo para su vida o la del niño.
>
> Después de atendido el parto el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago ».

En relación a las modificaciones anotadas, debemos expresar que el nuevo texto del artículo 3 de la Ley General de Salud hace hincapié en que la obligación de atender las emergencias de atención médico quirúrgica alcanza a cualquier establecimiento de salud, sin excepción.

Si bien es cierto que el texto original de la norma se refería a cualquier establecimiento de salud, no efectuando distinción entre los de carácter público y los particulares, se ha preferido subrayar que ningún establecimiento puede exceptuarse de una conducta de esta naturaleza.

Por otra parte, y en ausencia de reglamentación a la Ley General de Salud, ha constituido un acierto de la modificatoria, haber establecido que el Servicio Social del respectivo establecimiento de salud hará la evaluación del caso para determinar la manera como el paciente deberá reembolsar los gastos originados por su intervención, exceptuando a las personas indigentes de cualquier pago al respecto.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 3, modificado, delega al futuro Reglamento de la Ley la determinación de la responsabilidad

civil de los conductores y personal de los establecimientos de salud, en caso de contravenir las expresas disposiciones de la norma.

Sin embargo, en estricto derecho, no resultaría indispensable el desarrollo normativo de esta responsabilidad, pues la misma se rige por las disposiciones generales del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual; todo ello, naturalmente, con independencia de los eventuales ilícitos penales que, a raíz del incumplimiento del citado artículo 3 de la Ley, pudieran presentarse.

De otro lado, el nuevo texto del artículo 39 desarrolla de manera más amplia y detallada la obligación de los establecimientos de salud, de cualquier naturaleza, de prestar atención médico quirúrgica de emergencia, agregando, del mismo modo que se hizo con el artículo 3, la reglamentación atinente al reembolso de dichos gastos.

Por último, el artículo 2 de la Ley N.° 27604 ha regulado, en el mismo sentido que los artículos 3 y 39 de la Ley General de Salud, el derecho de atención médica a toda mujer en el momento del parto, mientras subsista riesgo para su vida o la del niño. El mencionado artículo 2 también rige lo referente al reembolso de los gastos, en el mismo sentido que los preceptos antes comentados.

27.37.5.1.2.4.2.3. Deber de confeccionar la historia clínica

La historia clínica es un documento escrito sustentatorio del acto médico en el que se deja constancia de los datos generales del paciente, de sus síntomas, signos y problemas de salud. De tal forma que en ella constan los elementos fundamentales que sirven para elaborar el diagnóstico y fundamentar el pronóstico de cada paciente.

El profesional está obligado a sustentar el acto médico en una historia clínica, la cual debe ser confeccionada de forma objetiva, ordenada, minuciosa y suficiente. En ella deberán constar todos los antecedentes del paciente, los datos que sean obtenidos mediante la ex-

ploración física, las indicaciones, los estudios complementarios, el diagnóstico, el tratamiento y la evolución del paciente. En los supuestos de hospitalizaciones también debe adjuntarse las hojas de enfermería y la epicrisis, y en el caso de intervenciones quirúrgicas, se agregará el reporte quirúrgico y el parte anestésico.

La historia clínica es elaborada bajo responsabilidad del médico, de ahí que deba contener la firma y registro de quien la elabora.

Con respecto a este tema, el artículo 29 de la Ley General de Salud resulta fundamental a efectos de guiar la conducta de los médicos:

> Artículo 29.- «El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.
>
> La información mínima que debe contener la historia clínica se rige por el reglamento de la presente ley.
>
> El médico y el cirujano-dentista quedan obligados a proporcionar copia de la historia clínica al paciente en caso que éste o su representante lo solicite. El interesado asume el costo que supone el pedido».

La citada norma exige que cualquier acto médico con respecto a los pacientes tenga como sustento su historia clínica, la misma que debe ser veraz, vale decir que contenga datos o información verdadera, y suficiente, en el sentido que la misma sea fruto de los análisis y prácticas necesarios para llegar al resultado contenido en el propio acto médico.

En adición, la historia clínica deberá registrar todas las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para solucionar su problema de salud.

Si bien es cierto que el segundo párrafo del artículo 29 de la Ley, bajo comentario, señala que la información mínima que debe contener la historia clínica se rige por el Reglamento de la propia Ley General de Salud, dicha norma todavía no tiene correlato práctico, pues si bien la Ley General de Salud se encuentra en plena vigencia desde el 20 de enero de 1998, hasta la fecha no ha sido expedido su respectivo Reglamento.

Finalmente, el último párrafo del artículo 29 de la Ley establece que el médico y el cirujano-dentista quedan obligados a proporcionar copia de la historia clínica al paciente, en caso este lo solicite, asumiendo el paciente los costos que implique la obtención de dicho duplicado.

Esta disposición resulta de plena lógica y justicia, ya que el paciente puede desear formular otra consulta a un médico distinto, para recabar una opinión adicional, o, simplemente, cambiar de médico tratante; y tiene su correlato en el texto del artículo 15 de la misma ley, que a la letra dice:

> Artículo 15.- «Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:
>
> (...)
>
> i) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica».

De otro lado, es claro que ante un reclamo judicial la historia clínica se convertirá en el elemento de prueba esencial para el profesional al momento de acreditar el cumplimiento diligente de sus obligaciones. Convertida en prueba material por orden del juez, la historia clínica tiene un valor jurídico: puede ser la mejor protección del médico contra las reclamaciones o litigios por mala praxis o, al contra-

rio, la más efectiva pieza condenatoria que se puede esgrimir contra el médico, teniendo en cuenta que constituye el testimonio más objetivo de la calidad o de la falta de calidad del trabajo médico. La historia clínica puede ser el mejor aliado o el peor enemigo del médico, según se halle cumplimentada.[1805]

No obstante, no debe ser considerada como el único medio de prueba sino que debe ser valorada conjuntamente con los demás elementos probatorios por el juez. Así, un Tribunal argentino sostuvo lo siguiente:[1806]

> Si la historia clínica elaborada por el médico accionado es sumamente deficiente, al no reflejar la totalidad de las circunstancias que hubieran permitido reconstruir con exactitud el cuadro clínico de la paciente, esa falencia, si bien podría constituir una presunción en contra del citado profesional, que aunada a otros elementos puede llevar a la convicción de la negligencia profesional, por sí sola es insuficiente para establecer que no se practicaron las diligencias que el arte exigía [...].

Para cerrar el tema de la historia clínica debemos señalar que existe controversia a nivel doctrinario con respecto a la propiedad de esta. Mientras un amplio sector sostiene que corresponde al paciente, otro sector entiende que de dicha propiedad deben excluirse aquellas apreciaciones subjetivas del médico contenidas en la misma, así como cualquier referencia sobre terceros que en ella se contenga. No faltan los que proclaman la titularidad del médico en base a su propiedad intelectual —mas no material—, aunque hoy tal posición es rechazada por la mayoría de autores. Otros autores sostienen que su titularidad corresponde al establecimiento de salud, teoría que sigue nuestra legislación.[1807]

[1805] Galán Cortés, Julio César. *Op. cit.*, p. 128.

[1806] Pérez De Leal, *Op. cit.*, p. 73.

[1807] Reglamento General de Hospitales del Sector Salud, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 25 de mayo de 1990:

27.37.5.1.2.4.2.4. Deber de dar un diagnóstico

La parte más importante del acto médico es el diagnóstico, que se define como el descubrimiento o reconocimiento de la enfermedad mediante los síntomas con los que esta se manifiesta. Del diagnóstico depende el tratamiento y, por tanto, la curación o desmejoría del paciente.

El diagnóstico se inicia como *diagnóstico diferencial*, formándose poco a poco. Algunas veces, cuando la conclusión es evidente, se podrá formular de forma inmediata, y en otras ocasiones habrá que esperar a que se aclaren más los síntomas característicos de la enfermedad. Sin embargo, estamos de acuerdo con Eduardo Benzo,[1808] cuando dice: «Por preclara que sea la inteligencia del médico, por grandes que hayan sido los progresos de la medicina, por más que se esfuercen los facultativos en multiplicar las precauciones para aumentar la seguridad, casi nunca podrán sus diagnósticos rebasar el ámbito de una simple posibilidad, que si bien la mayoría de las veces se acerca a la realidad auténtica, no por eso deja de ser en todo caso una mera hipótesis».

Según Yungano,[1809] el criterio diagnóstico puede ser: 1) *de urgencia*, cuando las circunstancias lo exijan ante la gravedad del caso y la imposibilidad inmediata de medios auxiliares; 2) *terapéutico*, que es correlativo inmediato del anterior o en caso de que no se haya efectuado diagnóstico definitivo y se actúe de acuerdo con la sintomatología; y 3) *definitivo*, sobre la base de los enfoques etiológico, semiológico y patogénico, con la inclusión de los medios auxiliares.

Artículo 115.- «La historia clínica es de propiedad de la institución y debe ser codificada de acuerdo con la clasificación internacional».

[1808] Citado por Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 259 y 260.

[1809] Yungano; López Bolado; Poggi; y Bruno. *Op. cit.*, p. 118.

Hemos dicho que el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico que cause un daño al paciente acarrea responsabilidad. Si un médico se equivoca en el diagnóstico de una enfermedad puede causar un daño al paciente, ya que el tratamiento irá de acuerdo con ese juicio desacertado y por tanto la terapia —si no llega a ser fatal y contraproducente— a lo menos es inadecuada y retarda —en algunas ocasiones— la mejoría, lo que sería peligroso para el enfermo.

En realidad el daño sería una consecuencia del tratamiento equivocado, de la terapia inadecuada, que se desprende del diagnóstico. Sostiene Acosta[1810] que «el diagnóstico errado que como consecuencia equivoca igualmente el tratamiento, y esto produce daño para el paciente, trae consigo responsabilidad a dicho médico, aun cuando el daño, en este caso, tenga como causa directa la terapia y como causa indirecta el diagnóstico, el que a su vez puede ser la prueba de la impericia si el tratamiento fuere acorde con el primero. Por tratarse de la misma persona (el mismo médico), se confunden diagnóstico y tratamiento».

Según Acosta,[1811] existen hasta tres tipos de error en los que puede incurrir el profesional médico al momento de realizar el diagnóstico: error por insuficiencia de conocimientos, error por negligencia en el diagnóstico y error por complejidad del cuadro clínico o error científico. No en todos los casos el médico será responsable, como analizaremos a continuación.

El error por insuficiencia de conocimientos o error por ignorancia ocurrirá cuando el médico emite un diagnóstico equivocado, respecto de una enfermedad con síntomas patognomónicos (específicos de una enfermedad o trastorno), debido al desconocimiento de elemen-

[1810] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 294.
[1811] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 260-275.

tos que necesariamente debía de saber. Al no poder ser confundidas las características de esa enfermedad el médico responderá por error en el diagnóstico, no pudiendo excusarse diciendo que el cuadro clínico era complejo. La excusa será inadmisible, pues, por tratarse de casos que presenten síntomas o signos característicos, el facultativo se encuentra en la obligación de reconocerlos inmediatamente o al cabo de obtener los resultados de determinados exámenes.

En el segundo caso, el facultativo será responsable cuando por negligencia o desidia inexcusable no proceda a buscar todos los indicios que le puedan servir para llegar a determinar en la forma más acertada cuál es el mal del que padece el paciente. El médico, con el objeto de evitar incurrir en un error, debe comprobar la exactitud de su diagnóstico, utilizando para ello todos los medios a su alcance, incluyendo los análisis y demás recursos de la medicina actual, en la medida que estén al alcance del médico y del paciente. La atención médica debe llevarse a cabo según las reglas de la ciencia médica actual. Han de extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico acertado. La omisión de uno o más exámenes puede perfectamente inducir a equivocarse en el diagnóstico y, consecuentemente, en el tratamiento.

En último lugar, el error por complejidad del cuadro clínico puede ocurrir, ocasionalmente, si el médico se enfrenta al problema de determinar un diagnóstico cuando los síntomas y signos reveladores de un cuadro clínico están en relación con dos o más enfermedades. La similitud que existe entre determinadas entidades relacionadas con la salud del paciente puede inducir a errar. Ello permite establecer que la mayoría de las veces el error científico o error por complejidad del cuadro clínico no hace responsable al médico, porque la equivocación se debe, o a la imperfección de los conocimientos científicos, que aún no han alcanzado la plenitud del desarrollo para determinar con certeza que se trata de tal enfermedad, o a imperfecciones en los medios de diagnóstico, que impedirían verificar el pronóstico estable-

cido, o simplemente a la carencia de estos medios, en los casos que sea imposible conseguirlos.

No obstante lo señalado por Acosta con respecto a los tipos de error, somos de la idea que, en general, no resulta punible el error de diagnóstico en medicina, salvo cuando por su entidad y gravedad revele una negligencia manifiesta del profesional, de tal forma que siempre que se haya cumplido con la asistencia diligente necesaria no sería viable la reclamación que frente al mismo pudiera formularse.

27.37.5.1.2.4.2.5. Tratamiento

Etimológicamente, la palabra tratamiento proviene de *tractare* y esta última de *trahere*,[1812] traer hacia sí, un acto o serie de actos que significan la materialización de la asistencia por parte del profesional médico.

El tratamiento es el método que se emplea para combatir, mejorar o prevenir una enfermedad, trastorno o lesión. El tratamiento puede ser *activo*, es decir aquel que se diseña para curar; *paliativo,* dirigido a aliviar el dolor y la angustia; *profiláctico,* para prevenir una enfermedad o trastorno o *causal*, o sea aquel que se centra en la causa de la enfermedad. Otra clasificación de tratamientos los divide en farmacológico (mediante la indicación de medicamentos), quirúrgico (mediante la realización de un procedimiento de cirugía menor o mayor) o de soporte.

Todo tratamiento debe reunir condiciones, tales como haber sido reconocido a nivel administrativo y científico, y ser adecuado al estado del paciente y a su enfermedad.[1813] Además, el profesional se verá

[1812] Yungano; López Bolado; Poggi; y Bruno. *Op. cit.*, p. 118.
[1813] *Ibid., loc. cit.*

en la obligación de cambiar de plan terapéutico, de no dar el anterior los resultados esperados o de modificarse el cuadro del enfermo.

Como ya lo hemos señalado, el tratamiento depende del diagnóstico que se realice. Un buen diagnóstico debería conducir necesariamente a una buena terapéutica, mas puede conducir a una terapéutica ineficaz dependiendo de factores como el estado fisiológico del paciente, otras enfermedades que haya padecido o que padezca, etc.

De otro lado, no está de más señalar que el profesional médico debe dejar constancia del tratamiento en la historia clínica.

Un tema que corresponde al tratamiento es la designación de medicamentos (tratamiento farmacológico) que se hace la mayoría de las veces en una receta. Generalmente, la indicación de esas sustancias, su dosis y su modo de empleo son factores decisivos que determinan el mejoramiento o desmejoramiento del estado del paciente. De tal forma que es deber del facultativo elaborar este documento con la diligencia que caracteriza a la profesión médica, y no fiarse de la memoria del paciente.

Con respecto a la elaboración de la receta se debe tener en cuenta una escritura legible, ya que si la receta es mal ejecutada por el farmacéutico o mal seguida por el paciente, a causa de la mala caligrafía, y ello acarrea consecuencias funestas para este, el médico que la ha redactado resultaría responsable.

Al momento de prescribir los medicamentos, el médico está en la obligación de consignar su denominación común internacional, el nombre de la marca, si lo tuviere, la forma farmacéutica, posología, dosis y período de administración (artículo 27 de la Ley General de Salud). Además, se recomienda escribir —utilizando palabras— la dosis de los medicamentos y, principalmente, la forma de usarlos, para una mejor comprensión por parte del paciente, quien es —final-

mente— quien seguirá las instrucciones señaladas. Acosta[1814] señala que un olvido de su mención por parte del médico podría hacer responsable al profesional de las consecuencias de dicha omisión.

Así también es importante que el médico informe al paciente sobre los riesgos, contraindicaciones y reacciones adversas que puede ocasionar el fármaco y sobre las precauciones que debe observar el paciente para su uso seguro (artículo 27 de la Ley General de Salud).

Otro tema a discutir dentro del tratamiento es el referente a la experimentación médica.

La investigación científica, según las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación y Experimentación Biomédicas en Seres Humanos (preparadas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas en colaboración con la Organización Mundial de la Salud. Ginebra, 2002), se refiere a un tipo de actividades destinadas a crear conocimientos generalizables o contribuir a ellos. Los conocimientos generalizables consisten en teorías, principios o relaciones, o la acumulación de información en la cual están basados, que pueden corroborarse por medio de métodos científicos aceptados de observación e inferencia, y exigen en algún momento la experimentación en seres humanos cuando se trata de investigación biomédica (investigación relacionada con la salud).

La experimentación médica se presenta en dos campos, según sea el fin que se propone el médico al emplearla. Puede tratarse de experimentación dentro de la investigación clínica o de experimentación puramente científica sin intención terapéutica.

Cuando hablamos de la investigación clínica nos referimos a la investigación médica combinada con la atención profesional.

[1814] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 278 y 279.

Según la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, en el tratamiento de la persona enferma, el médico debe tener la libertad de usar un nuevo método diagnóstico y terapéutico, si a su juicio ofrece la esperanza de salvar una vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento. De tal manera que en el caso que la enfermedad que aqueje al paciente revista los caracteres de gravedad suficientes como para que llegue a temerse por su vida, se permita al galeno proceder a aplicar tratamientos arriesgados, a pesar de que los resultados no sean posibles de prever.

Señala Acosta[1815] que para que sea posible actuar de este modo, se precisa de la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: que sea un caso gravísimo, el cual amenaza la vida del paciente; que se hayan agotado todos los tratamientos conocidos y probados por la ciencia médica, sin obtener resultados positivos; que existan antecedentes, si bien no absolutamente comprobados, pero que sí justifiquen que dicho tratamiento a seguir podría tener éxito y que el paciente o sus representantes legales presten su consentimiento para que sea aplicada la nueva terapéutica.

Esto último va de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15, inciso d), de la Ley General de Salud, el cual señala que «Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho a no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamiento *sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre* y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo», y también con el artículo 27, segundo párrafo, de la misma ley, que a la letra dice que «para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar

[1815] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 289 y 290.

intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado».

Sin embargo, si la dolencia de la que padece el enfermo no reviste tal carácter de gravedad, y a pesar de ello el profesional ensaya un método de curación cuyos resultados desconoce, se estará frente a una intervención no necesaria que impondrá al médico responsabilidad.

De otro lado, el médico puede también ejecutar una experiencia con fines de orden únicamente científico. Es el caso en que se aplica una terapéutica riesgosa sin que el objetivo sea el tratar de proporcionar alivio a la dolencia del paciente sino tan solo llevar a cabo experiencias científicas. En actuaciones como estas, es indudable que, de ocasionarse un daño, el médico sería culpable de una falta grave, pues habría infringido sus obligaciones. Tal y como señala la Declaración de Helsinki, en la investigación en seres humanos, el interés de la ciencia y de la sociedad nunca debe tener prioridad sobre las consideraciones relacionadas con el bienestar de la persona.

Es un principio consagrado el que sostiene que nadie tiene derecho a experimentar con sus enfermos cuando el fin no es el tratar de proporcionar alivio a su enfermedad. El médico puede combinar la investigación médica con la atención profesional, con el propósito de adquirir nuevos conocimientos, siempre y cuando la investigación médica se justifique por su posible valor diagnóstico o terapéutico para el paciente. Recordemos que el objetivo principal del contrato médico se encuentra circunscrito a la recuperación de la salud del paciente y que el médico debe ser, ante todo, protector de la vida y la salud. La preocupación por el interés del individuo debe prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad (Declaración de Helsinki).

Todo ello no se opone a los progresos de la ciencia y a las necesarias experimentaciones que el científico tendrá que efectuar en el hombre, ya que la fisiología humana difiere en gran medida de la animal.

Empero, se debe tener presente que toda experimentación médica queda fuera de la esfera del contrato médico —sin dejar de ser esta experimentación legítima, en cuanto se espera un resultado provechoso para la humanidad—; que la responsabilidad debe recaer siempre sobre una persona médicamente calificada, nunca sobre el individuo sujeto a la investigación, aunque este haya otorgado su consentimiento (Declaración de Helsinki, parte I, artículo 3); y que todo experimento debe realizarse con la finalidad de obtener resultados fructíferos para el bien de la sociedad, que no sean procurables mediante otros métodos o maneras de estudio; y no debe ser escogido al azar ni ser de naturaleza innecesaria (Código de Nüremberg de 1946, artículo 2).

El marco normativo nacional que rige la experimentación médica está dado por la Constitución, el Código Civil de 1984 y la Ley General de Salud.

En primer lugar, la Constitución regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física (artículo 2, inciso 1) y, por otro lado, reconoce como derecho la libertad de creación científica (artículo 2, inciso 8).

En segundo lugar, el Código Civil establece con carácter de irrenunciable el derecho a la integridad física (artículo 5) e indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (artículo 6).

En tercer y último lugar, la Ley General de Salud reafirma la promoción por parte del Estado de la investigación científica y tecnoló-

gica en el campo de la salud. También se ha encargado de proveer los lineamientos especiales en cuanto al consentimiento informado (artículo 15, literal d).

De manera importante, la Ley General de Salud señala en su artículo 28 que la investigación experimental en seres humanos debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados. Es así que al no existir en el Perú una legislación especial sobre investigación experimental en seres humanos, son aplicables —con carácter vinculante— los principios de la Declaración de Helsinki y las otras normas éticas que se refieran a estos aspectos, entre las cuales destacamos la Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos, las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación y Experimentación Biomédica en Seres Humanos y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Todas las Declaraciones citadas se complementan con dos Cartas sobre Derechos del Paciente. Nos referimos a la Declaración de Lisboa sobre el Derecho del Paciente (adoptada por la Trigésimo Cuarta Asamblea Médica Mundial, en 1981) y la Declaración de Derechos del Paciente de la Asociación Americana de Hospitales. Remitimos al lector que desee investigar el tema a los documentos aludidos.

En suma, en el tratamiento ocurren los casos más numerosos de responsabilidad, por ser la ocasión más amplia donde el médico despliega su actuar científico. No obstante, no es posible brindar reglas absolutas que delimiten los hechos que hacen responsable al médico, de aquellos hechos que no lo hacen responsable.

El principio que debe guiar la valoración por parte de los tribunales puede ser ilustrado con la siguiente pregunta: ¿qué habría hecho un médico prudente? En consecuencia, la responsabilidad médica tendrá lugar en este ámbito, solo cuando el profesional desconozca

los principios científicos ordinariamente aplicados en el tratamiento de las enfermedades, o cuando, conociéndolos, efectúe una mala aplicación de ellos.

27.37.5.1.2.4.2.6. Secreto profesional

Sostiene Mosset que durante el tratamiento, y aún con posterioridad a él, extinguida la relación médico-paciente, aparece el deber del médico de guardar el secreto.[1816] Sin embargo, discrepamos con él pues pensamos que desde el inicio del acto médico, incluso desde la primera anamnesis,[1817] surge el deber de secreto profesional. En este sentido, la Ley General de Salud acertadamente establece en su artículo 25 que toda información relativa al acto médico tiene carácter reservado.

El secreto profesional es definido por Gisbert como la obligación de un profesional de guardar reserva acerca de los hechos conocidos o intuidos durante el ejercicio de su profesión.[1818] Es decir, el secreto profesional es una obligación de no hacer que consiste en no revelar lo que el médico conoce acerca de su paciente a partir de los datos obtenidos en su ejercicio profesional. No obstante, no se trata solo de un deber sino también de un derecho que posee el médico, el cual se encuentra protegido por el artículo 2 inciso 18 de la Constitución, cuando señala que toda persona tiene derecho a guardar el secreto profesional.

[1816] Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 145.

[1817] La anamnesis es la recopilación de los datos médicos de un paciente a partir de la narración de sus antecedentes personales y familiares, su entorno, sus experiencias pasadas y sus recuerdos sobre su dolencia, datos que se utilizan para analizar su situación. La anamnesis puede ser directa, cuando los datos son proporcionados por el propio paciente, o indirecta, cuando los datos no son proporcionados por el paciente sino por alguno de sus familiares u otras personas.

[1818] Gisbert Calabuig, Juan A. *Op. cit.*, p. 884.

Además, todo médico debe recordar que la confianza del paciente es consecuencia de la fe en su competencia y en su discreción, tal y como lo señala el artículo 62 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

El secreto médico se corresponde con el derecho a la intimidad, uno de los derechos de los que goza toda persona y que se encuentra protegido de manera expresa y específica en materia sanitaria por el artículo 120 de la Ley General de Salud, al señalar que toda información en materia de salud que las entidades del Sector Público tengan en su poder es de dominio público, excepto la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar.

El tema del secreto profesional, referido en términos generales a todas las profesiones, nos lleva a formular una primera gran interrogante, consistente en conocer cuál es la fuente jurídica que genera la obligación de guardar en secreto la materia que el cliente o paciente hace de su conocimiento, o aquellos asuntos que descubren sin que el cliente se los haga saber.

En conceptos genéricos, y no refiriéndonos en especial al caso de los médicos, podríamos afirmar que si nos encontrásemos ante una profesión en donde las leyes peruanas no obligaran a guardar secreto, entonces tendríamos que plantearnos la interrogante de si la persona debería guardar secreto en virtud de alguna otra consideración.

Si el cliente fuese atendido en un servicio público, sería discutible si el profesional, por la naturaleza del lugar donde se presta el servicio, estaría obligado a guardar secreto profesional.

Si el profesional atendiese al cliente en virtud de un contrato de locación de servicios o alguna otra forma contractual, en estricto derecho se podría responder que si se hubiera pactado la obligación de guardar secreto, el profesional debería actuar conforme a la reserva

indicada; pero si no se hubiera pactado, podría revelar el contenido de aquello que ha sido materia de su conocimiento.

Sin embargo, creemos que esta podría resultar una visión muy simplista, pues si se trata de profesiones u oficios que no regularan expresamente la obligación de guardar el secreto profesional, la revelación a terceros de aquello que se ha conocido podría causar perjuicios a los clientes, quedando impune quien los hubiera revelado.

Pero no podríamos llegar a afirmar que en aquellas profesiones donde no exista la obligación contractual o legal de guardar secreto, resulte indiferente guardarlo o no. Ello, por cuanto la revelación de un secreto podría causar graves daños y perjuicios al cliente. Sobre el tema, debe tenerse presente que las normas generales del Código Civil Peruano acerca de los contratos de prestación de servicios (artículos 1755 a 1763) y las especiales del contrato de locación de servicios (artículos 1764 a 1770) no establecen la obligatoriedad de guardar el secreto profesional.

Entonces, ¿cómo se podría solucionar este problema?

Una primera manera de ver las cosas podría ser interpretando que en los contratos de locación de servicios, existe la obligación implícita de guardar secreto profesional, considerando que dada la naturaleza del servicio, podría resultar «evidente» la obligación del profesional de guardar ese secreto. Dentro de tal orden de ideas, podría afirmarse que las circunstancias del caso harían que se deduzca tal conclusión. Sin embargo, en este extremo resultaría difícil asumir la existencia de obligaciones implícitas, por cuanto se estaría abriendo todo un campo para que los contratos no solo sean obligatorios en todo cuanto se hubiera expresado en ellos, sino también en lo que no fue expresado, ni constituyó materia de su celebración.

En el caso extremo, pasible de ser encuadrado en esta consideración, podríamos citar el del sacerdote que recibe la confesión de un feligrés.

Aquí estamos ante un sacramento de la Iglesia Católica, el mismo que no constituye un contrato. También es sabido que los sacerdotes, de acuerdo a las normas de la propia Iglesia, se encuentran obligados a guardar en secreto aquello que fue materia de confesión. Estamos, en consecuencia, ante un supuesto en el que no existe obligación impuesta por la ley, ni expresamente por contrato alguno. Podríamos preguntarnos si en realidad estaríamos en presencia de una obligación de no hacer de carácter implícito, consistente en guardar dicho secreto de confesión. Pero si nuestra respuesta fuese afirmativa estaríamos asumiendo que, aunque sea respecto de dicha obligación de no hacer, las partes estarían contratando y, a todas luces, sería absurdo pensar que cuando un feligrés se confiesa está contratando con la Iglesia Católica.

Ahora bien, también podríamos preguntarnos si dicho sacerdote podría revelar impunemente el secreto de confesión. Creemos que la respuesta negativa se impone. Y en la hipótesis que hubiera lugar a reclamo por el afectado, este tendría que hacerlo con base en los principios y preceptos propios de la responsabilidad extracontractual, ya que se estaría trasgrediendo el deber que toda persona tiene de no causar daño a los demás, y si lo causa, se encuentra en la obligación de indemnizar (artículos 1969 y siguientes del Código Civil).

Por otra parte, y volviendo al secreto profesional en la medicina, es claro que la trasgresión de ese deber puede generar responsabilidad contractual, así como extracontractual, en tanto el artículo 25 de la Ley General de Salud es una norma imperativa, ya sea que exista o no de por medio un contrato médico.

Ahora corresponde analizar hasta dónde se extiende el alcance del deber de guardar reserva sobre la salud del paciente.

Cuando el artículo 25 de la Ley General de Salud señala que el profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según sea el caso, quiere decir que este deber se extiende no solo al profesional de la medicina o auxiliar que haya tratado al paciente de manera directa, sino a todos aquellos profesionales de la medicina o auxiliares que, de una u otra forma, hayan tenido conocimiento del tema en razón de la actividad profesional que realizan. De tal forma que en los casos en que el conocimiento llegue por una vía distinta a la estrictamente profesional, como el enterarse del problema en una reunión social, no se estaría obligado a guardar secreto profesional, ya que, en estricto, no se habría conocido el hecho como profesional, sino como cualquier persona, siendo irrelevante la actividad que desempeñe la misma.

El numeral 25 de la Ley General de Salud comprende dentro de la obligación de guardar reserva de los actos médicos tanto al profesional de la salud, como al técnico y a los auxiliares.

Si bien el secreto profesional es considerado hoy en día un deber del médico, durante el transcurso de la historia ha adoptado dos vertientes antagónicas: De un lado, el secreto absoluto, que implica una reserva total, en cualquier momento y ante cualquier autoridad; y de otro lado, el secreto relativo, el cual surge cuando el secreto se contrapone con intereses sociales y en cuyo caso son estos los que deben primar.[1819] De aquí que surjan excepciones donde no existe la obligación de guardar el secreto.

[1819] Gisbert Calabuig, Juan A. *Op. cit.*, p. 886.

Resulta de interés analizar cuáles son las excepciones que el artículo 25 de la Ley General de Salud establece en torno al secreto profesional:[1820]

(a) La primera se presentará cuando hubiere consentimiento escrito del paciente. En este caso es evidente que el paciente estará relevando al médico del deber de guardar la información en reserva, por cuanto considerará irrelevante que sea divulgada o no. Sin embargo, es de resaltar que la Ley exige que este asentimiento se otorgue por escrito. Ello obedece a una elemental razón de seguridad jurídica, por cuanto sería muy fácil eludir el precepto aduciendo que el paciente consintió de manera verbal.

(b) La segunda excepción se da cuando la información relativa al acto médico sea requerida por la autoridad judicial competente. En este caso nos encontramos ante un conflicto que es resuelto por la Ley, cuando se ven enfrentadas razones de orden privado y razones de orden público. En estos conflictos a veces suele ser preferido el orden privado, en garantía de los derechos fundamentales de la persona. Pero en otros casos, son preferidas las razones de orden público. En este supuesto concreto, porque resultaría imposible lograr una adecuada administración de justicia, sea civil o penal, sin hacer de conocimiento de las respectivas autoridades la información que, en principio, hubiera debido guardarse en secreto.

Sin embargo, el levantamiento de esa reserva no es absoluto, ya que tal información deberá estar circunscrita primero al conocimiento de las autoridades judiciales o del Ministerio Público que la soliciten, y luego ser tratada con la mayor confidencialidad por estas y por las partes que tengan participación en el proceso. Se entiende que el levantamiento de la reserva, en estos casos, debe restringirse a lo estrictamente necesario para la consecución de los fines que se buscan esclarecer en el proceso judicial respectivo.

Por lo demás, en lo relativo a las partes intervinientes, ellas y sus abogados deberán hacer un uso prudente de la información obtenida, la misma que deberá estar reservada al proceso mismo y no ser dada a publicidad a personas ajenas o a los medios de comunicación.

(c) La tercera excepción a la reserva de la información se presenta cuando ella fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima.

No creemos, sin embargo, que en estricto este sea un supuesto de excepción a la reserva sobre el secreto profesional. Ello, porque lo relevante para estimar que un caso deba ser materia de reserva es que el mismo no se pueda hacer público, dada la vinculación de los hechos con el nombre del paciente. Si no hubiera tal vinculación, podría tratarse —y de hecho lo es en la casi totalidad de publicaciones científicas— de un caso cuyo interés se centre puramente en el aspecto científico y no en el aspecto personal del paciente.

[1820] Con respecto a las excepciones a la obligación de guardar el secreto médico, la doctrina señala otras causales no contempladas por nuestra Ley General de Salud, tales como los casos en que el médico actúa como forense al realizar un pericia, como médico de empresa para practicar un examen de preempleo (Gisbert Calabuig, Juan A. *Op. cit.*, p. 886); al expedir un certificado de defunción, cuando el médico declara como testigo, contesta una demanda por responsabilidad (legítima defensa) o demanda el pago de honorarios y cuando actúa en calidad de funcionario de sanidad (Mosset Iturraspe, Jorge, *Op. cit.*, pp. 146 y 147).

En estas hipótesis podrá revelarse toda la información que sea necesaria para el esclarecimiento del tema en el aspecto académico, pero de ninguna manera podría hacerse pública —si por alguna razón fuera evidente o notoria— la relación entre el caso y el paciente.

(d) En cuarto lugar se permite el levantamiento de la reserva cuando la información fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que este no lo prohíba expresamente.

Respecto a este punto, debemos formular ciertas precisiones, pues el precepto establece, si lo analizamos atentamente, que el secreto profesional no se extendería a los familiares del paciente, salvo disposición en contrario del mismo.

Los profesionales de la salud deberían tratar de proporcionar a los familiares del paciente solo la información general que fuere estrictamente necesaria para tranquilizar sus naturales inquietudes. Consideramos que cualquier información más específica solo debería ser proporcionada con la autorización del paciente, a menos que obtenerla resultase físicamente imposible, por ejemplo por tratarse de un paciente en estado de inconciencia.

(e) Luego, procede el levantamiento del secreto profesional cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la Autoridad de Salud. Este es otro supuesto en que el interés público es preferido al interés privado, ya que de esta forma la sociedad puede evitar que se produzcan más casos de dicha naturaleza.

(f) A continuación, se hace referencia al levantamiento del secreto profesional cuando la información fuere proporcionada a la

entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente, siempre que fuere con fines de reembolso, pagos de beneficios, fiscalización o auditoria.

En estos casos los profesionales de la salud se encuentran obligados a proporcionar dicha información. Sin embargo, el paciente podría evitarlo, siempre y cuando renuncie al futuro beneficio de la compañía aseguradora o le reembolse aquello que esta ya hubiese pagado. No obstante, lo expresado resultaría poco usual.

(g) En séptimo lugar, se levantaría la reserva del secreto cuando la información fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente. Se trataría de los casos en que el paciente decida o deba cambiar su atención por la de otros profesionales de la medicina (supuesto en el cual la indicación para levantar la reserva estaría implícita) ya sea porque el médico no está en condiciones de asistirlo o por no ser su especialidad adecuada a la enfermedad, o aquellos en los cuales esa decisión fuere adoptada por los familiares del paciente y resultase físicamente imposible obtener el asentimiento de este.

La información sobre el diagnóstico del médico que brinda atención a una persona por herida de arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal (es decir, los casos a que se refiere el artículo 30 de la Ley General de Salud), deberá ser proporcionada a la autoridad policial o al Ministerio Público, a su requerimiento.

Finalmente, debemos mencionar que desde el punto de vista penal, encontramos tipificado el delito de violación del secreto profesional en el artículo 165 del Código Penal: «El que, teniendo informa-

ción por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días multa». En este tipo penal, el bien jurídico protegido es la esfera de intimidad de las personas, especialmente, la correspondiente al secreto profesional, el cual hemos explicado en su momento.

27.37.5.1.2.4.2.7. Deber de informar

El consentimiento informado se estructura sobre la base de dos derechos: el derecho a ser informado y el derecho a consentir, ambos protegidos de manera expresa por los artículos 15, literal h), y 27 de la Ley General de Salud. Del consentimiento ya hemos hablado. Ahora nos corresponde tratar acerca del deber que tienen los médicos de informar.

El médico no solo requiere del consentimiento o la autorización del paciente, sino que para obtenerla debe informarle los motivos y riesgos de su tratamiento, de tal forma que él mismo llegue a comprender la magnitud de su enfermedad y los riesgos que está dispuesto a enfrentar. Así, hoy no solo se habla de consentimiento informado, sino de «consentimiento bien informado». Adicionalmente, el deber de informar del médico no surge solamente en los casos en que sea necesario el consentimiento del paciente para iniciar algún tratamiento, sino que desde el mismo momento en que nace el contrato el médico se encuentra obligado a brindar toda la información que el paciente le solicite con respecto a su dolencia.

Es deber del facultativo proporcionar la información referente al diagnóstico, pronóstico y posibilidades de tratamiento con un lenguaje claro y adecuado al estado y al nivel socio-cultural de cada paciente, así como al nivel de comprensión y aceptación de su enfermedad, tomando en cuenta las circunstancias del caso. Por ejemplo, dice

Mosset,[1821] carece de sentido exigir al médico que está practicando una intervención quirúrgica y se encuentra con situaciones nuevas, imprevisibles, que suspenda la operación y requiera, antes de tomar una decisión, la anuencia de los parientes.

Al respecto, Galán Cortés[1822] sostiene que existen dos tipos de factores que deben ser considerados a la hora de determinar el contenido del deber de informar del médico: unos de carácter subjetivo y otros de carácter objetivo. En el primer grupo se encuentran los criterios como el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente.

Dentro de los factores de carácter objetivo, deben evaluarse los siguientes: la urgencia del caso, la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información.

Sin duda, el titular del derecho que se constituye como el recíproco del deber de informar es solo el paciente. Sus representantes legales solo podrían ser titulares de estar este incapacitado, siempre y cuando no haya manifestado su voluntad en contrario con anterioridad.

El deber de informar debe mantenerse durante todo contrato médico y subsistir a lo largo de él hasta su extinción, de tal forma que el consentimiento pueda ser modulado durante el proceso terapéutico (en caso se trate de un contrato de ejecución continuada y no de tracto único o de ejecución instantánea).[1823]

La información proporcionada por el médico no requiere de ninguna formalidad, si bien básicamente es un procedimiento verbal,

---

[1821] Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 131.
[1822] Galán Cortés, Julio César. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.
[1823] *Ibidem*, pp. 20 y 21.

pero es recomendable para el médico el dejar constancia en la historia clínica de lo informado al paciente o a sus familiares.

Y, por último, en cuanto a los límites del deber de informar existen posiciones encontradas acerca de cuán amplia debe ser la información proporcionada al paciente. Al respecto se ha intentado clasificar los riesgos y la necesidad de ser informados, de la manera siguiente:[1824]

(a) Riesgos insignificantes pero de común ocurrencia: deben ser informados.

(b) Riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.

(c) Riesgos de gravedad y común ocurrencia: deben ser detalladamente informados.

(d) Riesgos graves de escasa ocurrencia: deben ser informados.

Por otra parte, en los Estados Unidos de América se han elaborado algunos criterios para determinar el grado de información que el médico debe brindar al paciente:[1825]

(a) El criterio del médico razonable, que fue sostenido en 1960 en la causa «Nathanson vs. Kline».[1826] Atiende a lo aceptado por

[1824] Vázquez Ferreyra, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2da edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, pp. 40 y 41.

[1825] Vázquez Ferreyra, Roberto. *Op. cit.*, p. 41.

[1826] Relata Teresa Seijas (Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. *Op. cit.*, p. 156) que en el caso Nathanson vs. Kline se le practicó una mastectomía radical a la señora Nathanson y luego fue sometida a cobaltoterapia. Producto de la radioterapia en el tumor, la paciente sufrió quemaduras en el pecho, la piel y el cartílago. Nathanson demandó al médico por el modo de llevar a cabo la terapéutica y por no haberle informado de la naturaleza y complicaciones de la misma. El médico reconoció durante el proceso que

la comunidad médica, con un carácter marcadamente paternalista y responde al ejercicio de la medicina propio de la década de los sesentas.

(b) El criterio de la persona razonable, que fue utilizado a partir de 1969 en la causa «Berkey vs. Anderson».[1827] Conforme a

si bien la enferma había dado su consentimiento, no había sido adecuadamente prevenida de los riesgos inherentes a esa terapéutica.
Concluido el proceso, el Tribunal estableció en la sentencia que los médicos deben revelar las consecuencias de sus intervenciones sobre los cuerpos de los pacientes y que las estimaciones de estos últimos no pueden ser sustituidas por los juicios, sin duda competentes, de los médicos. El médico no puede decidir por el paciente, ni aún para proteger los mejores intereses de este.
El Tribunal dejó entendido que el Derecho Angloamericano se basa en el principio de la completa autodeterminación de las personas. Por consiguiente, cada ser humano es el dueño de su cuerpo y puede, si tiene una mente sana, prohibir expresamente la realización de operaciones quirúrgicas para salvar su vida, o de cualquier otro tratamiento médico. Un médico puede creer con razón que una operación o un tipo de tratamiento es deseable o necesario, pero la ley no le permite sustituir por sus propios juicios los del paciente, menos aún, a través de alguna forma de artificio o engaño.

[1827] «Sin lugar a dudas este caso es uno de los precedentes más importantes en la jurisprudencia de la historia del derecho al consentimiento informado. Los hechos giran en torno a la aplicación de una mielografía a un paciente con molestias cervicales. Berkey sufría de la cervical. Lo primero que pensó el médico fue la posible existencia de una lesión en la médula espinal. Para verificar esa posibilidad sugirió a su paciente la aplicación de una mielografía. El médico explicó el procedimiento diciéndole que lo peor era estar en una mesa fría que se inclinaba y que provocaba algunas molestias físicas y que para evitarle el dolor le pondrían anestesia local. Llegado el momento de llevar a cabo la mielografía lo anestesiaron en la región lumbar y fue cuando surgió la inmovilidad total de la pierna izquierda. El médico informó al paciente que ese percance desaparecería a las veinticuatro horas; sin embargo, no desapareció en varias semanas.
Berkey decidió demandar al doctor Anderson por no haberle informado de todas las consecuencias que sobrevinieron después de la mielografía y al doctor Rickerberg, por negligencia en la realización de la mielografía.
Iniciado el proceso, el Tribunal concretó tres tareas de análisis: primero, si el doctor Anderson obtuvo el conocimiento informado de su paciente antes de ordenar la mielografía; segundo, si lo obtuvo, qué daños fueron consecuencia directa de ello; y

esta tesis, el médico deberá revelar al paciente lo que una hipotética persona razonable desearía conocer en esas mismas circunstancias.

(c) El criterio subjetivo según el cual el juez pregunta al paciente qué riesgos y qué complicaciones desearía haber conocido.

---

tercero, con respecto al doctor Rickerberg, si hubo negligencia en la realización de la mielografía, y de ser así si la lesión sufrida fue consecuencia directa de ello.
Pues bien, el consentimiento existió, aunque el médico lo obtuvo con información insuficiente. En este primer aspecto existía una manifiesta negligencia del médico. En efecto, Anderson debió hacer una revelación completa de la mielografía, es decir, si al demandante se le dijo que una mielografía era algo por lo que no había que preocuparse y que lo más molesto de ella era estar en una mesa fría que se inclinaba, se deducía que esa información, de acuerdo a los hechos, fue verdaderamente engañosa. La técnica o procedimiento explicado por los doctores indudablemente suponía mucho más, tanto en riesgos como en molestias.
La defensa argumentó que al médico no se le podía exigir que transmita a sus pacientes una información completa, mayor de la razonable, que al médico solo puede exigírsele una información razonable, entendida por tal aquella que el común de los médicos daría en situaciones parecidas. El Tribunal no aceptó este argumento. Según el Tribunal se debió haber informado al paciente todo aquello que hubiera podido influir significativamente en la decisión de someterse o no a la prueba; pues el criterio para juzgar lo que debe revelarse no queda a criterio del médico ni es lo que la comunidad científica hace usualmente o considera razonable como criterio de la práctica profesional, sino lo que necesita una persona razonable para realizar una buena toma de decisión y elección de conocimiento de causa.
Lo que debió hacer Anderson es informar suficientemente al paciente sobre la prueba de la mielografía, de manera que pudiese elaborar su criterio como persona razonable y decidir racionalmente si quería o no que se la hiciesen. Si el doctor Anderson no lo hizo así, entonces es responsable de todos los daños sufridos por el demandante durante el proceso de realización de la mielografía, tanto si fueran consecuencia de una negligencia (técnica), como si no.
Siguiendo ese razonamiento, el Tribunal señaló en la sentencia que el deber de revelar de un médico no depende de la práctica habitual de la comunidad médica sino que viene impuesto por la ley. Mantener lo contrario permitiría que la profesión médica determinase sus propias responsabilidades con los pacientes en una cuestión de considerable interés público. El fallo declaró culpable al doctor Anderson por negligencia por no haber informado adecuadamente a su paciente». (Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. *Op. cit.*, pp. 156 y 157).

Estimamos que debe informarse sobre las consecuencias y riesgos que razonablemente se puedan prever, es decir, los riesgos más comunes, así como los excepcionales o atípicos que sin embargo sean de gravedad.

27.37.5.1.2.5. La antijuridicidad

Hemos dicho anteriormente, que para que el acto dañoso produzca la obligación de reparar o indemnizar, ha de ser antijurídico; esto es, contrario a derecho. Y, más específicamente, en el ámbito contractual, es más propio hablar de acto contrario a lo pactado o a lo debido: el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso.[1828]

Sostiene Yungano[1829] que la «antijuridicidad» constituye elemento esencial de la falta médica sancionable. Tal antijuridicidad se vincula con el quebrantamiento de la obligación precisamente establecida y tal quebrantamiento puede provenir de una acción —ejecutar el hecho en tiempo indebido o de un modo que no es el debido— o de una omisión —no hacer lo que debería hacerse— y, en general, de toda conducta que signifique la violación de un deber jurídico.

27.37.5.1.2.6. La imputabilidad

No es suficiente que se produzca un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico para que haya lugar a indemnización por responsabilidad, sino que se requiere además que ese comportamiento o conducta sea atribuible a una persona.

Ya hemos señalado que dentro de los factores de atribución se consideran tanto a la culpa como al dolo. Dentro del concepto de

---

[1828] Parellada, Carlos Alberto. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990, p. 6.
[1829] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 136.

culpa se configuran la negligencia, imprudencia o impericia; mientras que el dolo se plantea por la voluntad deliberada de realizar un acto antijurídico.

27.37.5.1.2.6.1. El dolo

Como sabemos, dentro del campo de las obligaciones, el dolo alude a la intención —consciente y deliberada— con que el deudor ha obrado para inejecutar o ejecutar de manera tardía, parcial o defectuosa la prestación debida, no siendo necesario que este desee causar un daño, sino simplemente incumplir la obligación. Los motivos carecen de interés. Así, nuestro Código Civil señala en su artículo 1318 que: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».

Conforme señala el primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil de 1984: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...». Para el caso de los profesionales médicos, el incumplimiento puede darse tanto por culpa como por dolo. Este, a su vez, puede manifestarse en una acción o una omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer, como la obligación de no revelar el secreto médico, y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, como sería, por ejemplo, la obligación de realizar un acto quirúrgico de emergencia para salvar la vida de un paciente.

Ahora bien, el efecto natural de toda obligación es el de ser cumplida. Si tal efecto no se produce, debe constatarse la causa del incumplimiento y, según ella, eventualmente responsabilizar al deudor.

27.37.5.1.2.6.2. La culpa

En sentido estricto, la culpa es la falta de diligencia que denota una persona en el cumplimiento de la obligación.

La culpa puede presentarse, actualmente, en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde por la culpa

levísima como por la lata, de acuerdo al artículo 1321 de nuestro Código Civil. El artículo 1320 reconoce la culpa leve, entendiéndose por ella a la que tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria, a la torpeza o falta de atención del deudor. De otro lado, la culpa lata, grave o inexcusable importa la omisión de aquellas precauciones que están al alcance de las personas u hombres menos cautos. El Código Civil Peruano se refiere a ella en su artículo 1319.

Ya hemos expresado en su momento que, a decir de la doctrina nacional, los artículos 1319 y 1320, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez.

Por encima de las graduaciones de la culpa, elaboradas desde el Derecho Romano, y a pesar de que nuestro Código recoja la diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve —no solo para los efectos de la cláusula de no responsabilidad, sino para la determinación de los daños y perjuicios— es el juez quien deberá comparar siempre la forma como ha procedido el deudor con la forma como hubiera procedido un hombre normal (ideal o abstracto), usando, para ello, su propia experiencia. «Lo que realmente se debe apreciar y juzgar, es la conducta de determinado deudor y no el proceder de cualquier sujeto del género humano».[1830] Corresponderá al juez ponderar la intensidad de la culpa, *a posteriori*, sin que la ley nada diga.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó, deben apreciarse la «naturaleza de la obligación» y «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

[1830] Galli, Enrique V., nota a la obra citada de Salvat, Raymundo M., tomo I, n.° 130, p. 140.

En suma, podríamos señalar que culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro puede provenir tanto de la imprudencia, negligencia o impericia, figuras que para la doctrina, enmarcan las formas de culpa.

27.37.5.1.2.6.3. Culpa profesional

En materia de responsabilidad profesional será el factor subjetivo, específicamente la culpa, la que por regla sustentará el deber de responder; esto de ningún modo importa afirmar la exclusión para determinados supuestos de los factores objetivos de atribución, los que serán de aplicación cuando la ley expresamente lo determine.[1831]

Para Mazeaud y Tunc la culpa profesional era culpa común, pues se reprimía la simple imprudencia o negligencia.[1832]

Demogue, por su parte, sostenía que era necesaria la culpa grave, basada en un error grueso, para que surgiera la culpa profesional, fundamentando su posición en el hecho que la medicina era un arte conjetural, en el cual coexistían varios criterios según las escuelas médicas.[1833] La necesidad de fomentar o estimular ciertas acciones hacía que la culpa se adscribiera a los supuestos de dolo o culpa grave.[1834]

[1831] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 37.

[1832] Mazeaud y Tunc citados por Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 38.

[1833] Demogue, René, *Traité des Obligations en Général. Op. cit.*, pp. 441 y siguientes.

[1834] El fundamento de la exigencia de una culpa especial para responsabilizar al médico es el siguiente según Vázquez Ferreyra (Vázquez Ferreyra, Roberto, *Prueba de la culpa médica*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1993, pp. 87 y 88): «Si el médico debe gozar de plena libertad para elegir el tratamiento correcto emprendiendo las iniciativas que estime correctas, el posterior control judicial sobre dicha conducta para establecer si hubo o no cumplimiento, para comprobar si existió o no culpa, presenta el riesgo de coartar la libre elección e iniciativa del profesional, pues

La legislación italiana limita la responsabilidad profesional a los supuestos de culpa grave, como se desprende del artículo 2236 del Código Civil italiano cuando señala que: «si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de la obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave».

En principio, la doctrina y jurisprudencia sostienen, con criterio uniforme, que la culpa profesional no es otra que la misma culpa genérica. Lo que ocurre es que cuando se habla de culpa profesional asimilada solo a la culpa grave, lo que se desea es expresar que en el campo científico resulta culpable únicamente la conducta que está fuera de la órbita de la opinabilidad.[1835] A este respecto recordamos el famoso dictamen el fiscal Dupin: «[...] pero desde el momento en que los hechos reprobados a los médicos salen de aquella clase que por su naturaleza están exclusivamente reservados a las dudas y discusiones de la ciencia, en el momento en que ellos se complican de negligencia, de ligereza o de ignorancia de cosas que se deben necesariamente saber, la responsabilidad del dereecho común existe y la competencia de la justicia está abierta».[1836]

Sostiene Parellada que «quien se mueve en el campo de lo científico no incurre en culpa, sino cuando sale de lo 'opinable' para entrar en el de lo 'seguro', ya 'comprobado', que se tiene por 'cierto'. Adviértase la diferencia entre afirmar que una conducta ostenta un error,

---

éste ante el riesgo de la posterior censura o reproche dejará de realizar aquellas intervenciones o curas más expuestas (aunque tal vez necesarias), y se vendría a situar en una posición de extrema cautela e indecisión que redundaría en perjuicio del propio cliente. Efectivamente, ante el temor de una rigurosa valoración a posteriori de su conducta, el profesional puede ser llevado a practicar una medicina a la defensiva, desechando incluso la atención de pacientes de alto riesgo».

[1835] Parellada, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 81.

[1836] Req. 18/6/1835, Sirey, 1835, 1ª parte, p. 401.

pues desconoce lo comprobado, y hacer lo mismo cuando es 'opinable'; en este último supuesto puede haber error y necesariamente lo ha de haber en algunas de las opiniones que caen dentro del marco de la opinabilidad, pero no podrá hablarse de la imputabilidad subjetiva de ese error, si no tiene el carácter de inexcusable». Concluye indicando que «aquella 'culpa profesional' que radica en lo cierto, es culpa, pues es un error de conducta apreciado dentro de sus circunstancias de personas, tiempo y lugar; en cambio, lo 'opinable' no puede ser calificado de error en sus circunstancias de personas, tiempo y lugar. Se trata de una consecuencia del carácter relativo, limitado y temporoespacial del conocimiento humano. En ciertos casos puede existir error —como lo hay en alguno de los extremos alternativos de lo 'opinable'—, sin que exista culpa grave ni leve, es decir, sin que exista 'culpa a secas', pues el error que existe es excusable».[1837]

Se concluye, al igual que lo hace Pérez de Leal, en que la culpa profesional no es más que una manifestación de la culpa común con ocasión del ejercicio o la práctica de la disciplina de que se trate.[1838] La culpa profesional médica no es una distinta de la culpa general, ni tiene ninguna diferencia específica con aquella. Se trata simplemente de la aplicación de lo general a lo particular. A decir de Vázquez Ferreyra, la protección del profesional ya no pasa por la exigencia de una falta grave, sino por la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea su entidad.[1839] No obstante, la graduación de la culpa permanece latente en este sistema civil, en tanto el no observar la debida diligencia pueda resultar relevante en mayor o menor medida según las circunstancias (personas, tiempo y lugar). En este sentido, Orgaz[1840]

[1837] Parellada, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 82 y 83.
[1838] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 39.
[1839] Vázquez Ferreyra, Roberto. *Op. cit.*, p. 89.
[1840] Orgaz citado por Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 42.

señala que la diligencia que se exige a un médico especialista es mayor que la requerida a un no especialista, pero siempre la normal dentro de su especialidad.

Estamos de acuerdo con Yungano cuando sostiene que el criterio de valoración judicial de la culpa debe efectuarse según las circunstancias particulares de cada caso, o sea del hecho concreto y la conducta de médico y paciente en tal evento, sin perder de vista que la apreciación judicial deberá hacerse con suma prudencia, teniendo en cuenta la índole de la profesión, su carácter en cierta medida «conjetural» y los riesgos que su ejercicio propone.[1841] La valoración del juez estará vinculada a la forma como habría procedido concretamente ante determinada obligación, de acuerdo con su rango social, económico e intelectual; de acuerdo con el tiempo; de acuerdo con el lugar; de acuerdo, en fin, con la naturaleza de la obligación. Todo ello a la luz de los artículos 1314, 1319, 1320 y 1321 del Código Civil.

Sostiene Vázquez Ferreyra, siguiendo a Bueres, que estas pautas a su vez deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor.

27.37.5.1.2.6.3.1. Impericia

Se entiende por impericia a la falta de conocimiento o de práctica que cabe exigir a uno en una profesión, en este caso la profesión médica; de ahí que resultan sinónimos de ella la torpeza y la inexperiencia. Se entiende como la ignorancia inexcusable.

El profesional médico inexperto confía osadamente en llegar a ejecutar bien el objeto de su obligación o bien a realizar la actividad en que está empeñado, no obstante la deficiencia de su capacidad.

[1841] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 151.

La impericia es, valga la redundancia, la falta de pericia, entendiendo por esta no solo a los conocimientos técnicos sino también a la experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. De tal forma que se pueden configurar hasta tres tipos de impericia dependiendo del tipo de conocimientos del que carezca el profesional: 1) impericia de origen (el médico nunca obtuvo los conocimientos necesarios para la realización de un adecuado acto médico); 2) impericia de olvido (el médico adquirió los conocimientos, sin embargo los olvidó por desuso); y 3) impericia de práctica (el profesional médico nunca adquirió la práctica suficiente o no ha alcanzado aún la experiencia necesaria para llevar a cabo un acto médico, por ejemplo una cesárea).

27.37.5.1.2.6.3.2. Imprudencia

La imprudencia, en cambio, tiene su esfera en toda conducta humana y aparece como un desafío de las desgracias o infortunios, en principio superfluos y casi siempre evitables; de ahí que tenga como sinónimos a la «falta de prudencia o precaución».

Así podría decirse que el imprudente tiene conciencia de lo que hace, pero no actúa con intención de infringir la ley o el contrato: no quiere obrar ilícitamente, confía en tener la buena suerte de evitar la infracción.

Para Pérez de Leal,[1842] la imprudencia consiste en una conducta culposa positiva, en un actuar desmesurado, en exceso, apresurado e irreflexivo que provoca un resultado dañoso por no haberse tomado las precauciones que el sentido común indica, o bien por haber actuado con cierta laxitud subestimando las posibles consecuencias dañosas. «La imprudencia es, obviamente la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza sin las adecuadas precauciones. La prudencia

[1842] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 45.

debe ser —o es— una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado [...]».[1843]

La imprudencia es la actuación temeraria inexcusable. El sujeto actúa con exceso de confianza. En palabras de Yungano, la imprudencia puede definirse como la conducta —positiva— contraria a lo que el buen sentido aconseja.[1844]

Es el caso, por ejemplo, de realizar una transfusión sanguínea sin establecer antes el grupo sanguíneo del paciente o sin hacer un estudio de VIH previo.

27.37.5.1.2.6.3.3. Negligencia

Se refiere a 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; de ahí que tenga como sinónimos a las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.

Ignorándose la posibilidad del resultado contrario a Derecho, podría, no obstante, haberse evitado observando simplemente la diligencia exigible en el tráfico humano.

Para Pérez de Leal[1845] la negligencia puede consistir tanto en hacer menos de lo que se debe o de aquello que las circunstancias requieren que se haga, como en una inacción ante el deber legal que

[1843] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, pp. 45 y 46.
[1844] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 159.
[1845] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 46.

ordena actuar, o bien en el incumplimiento llano de un acuerdo de voluntades. El deudor omite la diligencia necesaria.

La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la falta de cuidado debido. Si ser imprudente es «pecar» por exceso; ser negligente es «pecar» por defecto.

Sin embargo, sostiene Yungano que la imprudencia y la negligencia son dos caras de una misma moneda: así, será imprudencia dejar una pinza dentro de la cavidad abdominal durante una operación y negligencia no sacarla.[1846]

Incluso pueden configurarse casos en los que se combinan la impericia, la imprudencia y la negligencia. Yungano pone como ejemplo un caso en que un médico produjo tres perforaciones en el intestino de una paciente menor, al hacerle un curetaje (impericia) y no vigiló su estado ni dio aviso a sus padres (negligencia), dándole autorización a la menor para que en el supuesto de sentirse mejor, abandonara el sanatorio, constituyéndola en juez de su propio estado (imprudencia).[1847]

En la práctica los distintos aspectos de la culpa no resultan claramente distinguibles, sino que más bien se presentan entrelazados.

27.37.5.1.2.7. Que exista relación causal

Para que un daño sea indemnizable se requiere que este se produzca como consecuencia de una actuación culposa o dolosa. Es decir, el hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar. El daño debe ser reparado cuando el hecho generador sea consecuencia lógica del actuar atribuible al agente.

[1846] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 159.
[1847] *Ibidem*, pp. 159 y 160.

Al respecto, hemos señalado que nuestro Código Civil se adscribe a la teoría de la causalidad adecuada (artículo 1985), postulando un criterio de «razonabilidad» y «probabilidad» para la realización del análisis de las condiciones, al referirse a la necesidad de que exista «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido».

Pero el solo hecho de producirse un daño en la ejecución de un contrato médico no significa que el galeno esté obligado a indemnizarlo. Se precisa que entre el daño y el acto médico exista una relación de causa-efecto. A pesar de una conducta diligente del médico los daños pueden sobrevenir. Así, sostiene Acosta que «ellos (los daños) pueden ser la consecuencia de hechos que son por entero extraños o ajenos al quehacer médico, que no pudo anticipar ni impedir».[1848]

Sostiene Pérez de Leal[1849] que el concepto de «causa adecuada» es comprensivo de regularidad, puesto que solo es causa aquella condición que conforme a un juicio de previsibilidad en abstracto es normalmente apta para producir un resultado de modo habitual; no todas las condiciones o factores que contribuyen a un resultado son idóneos para producirlo.

Es así que en materia de responsabilidad civil del médico, para determinar la existencia de la relación de causalidad habrá que examinar los hechos en base al criterio de normalidad o regularidad antes señalado.

Existe causalidad adecuada cuando entre un acto médico y un resultado dañoso media un actuar doloso o culposo que como consecuencia ordinaria y natural ocasiona este tipo de resultados. De tal

[1848] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 396.
[1849] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 111.

forma que la relación de causalidad quedará desvirtuada cuando el médico observe la conducta debida dirigida al cumplimiento de sus obligaciones para con el paciente y, a pesar de ello, se generen daños imprevisibles o inevitables, ajenos a su obrar.

Corresponderá al afectado probar la relación causal entre el acto médico y el daño (artículos 1330 y 1331 del Código Civil); mientras que corresponderá al médico, deudor, probar los factores que interrumpen la relación causal, factores eximentes de responsabilidad, teniendo en cuenta que en su contra se presume la culpa leve (artículo 1329 del Código Civil).

Es importante señalar que el problema de determinar la causalidad es una cuestión por demás compleja, tanto porque se trata de una materia especializada —que estamos seguros que ningún juez maneja con holgura, y no tendrían por qué hacerlo, pues no han sido capacitados para ello—, como porque están relacionados diversos factores como son el estado de salud del paciente, la gravedad de la enfermedad, las complicaciones sobrevenidas, la reacción del organismo del paciente, predisposiciones, entre otros.

Además, generalmente, en la práctica el daño no estará determinado por una sola causa sino por varias, tal y como indica Acosta.[1850] Este autor señala que cualquier circunstancia, ya sea anterior, concomitante o posterior, puede cumplir alguno de los siguientes roles:

i) Permanecer en el carácter de una mera condición del resultado final, de modo tal que la actuación del médico no sea decisiva.

ii) Concurrir en el carácter de causa a la producción del desenlace, siendo su influencia codeterminante del mismo, sea para provocar una aceleración o bien un agravamiento.

[1850] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, p. 398.

iii) Interrumpir el nexo de causalidad normal o adecuada, actuando como concausa en el sentido técnico de la expresión; es decir, como condición que actúa con la puesta por el agente y que conduce a resultados completamente distintos a los que ordinariamente produciría la sola condición aportada por el sujeto activo.

El análisis debe efectuarse sobre la base de la época de las circunstancias que acompañan el proceso y sobre el rol que cumplen en el desarrollo de la misma.[1851]

Es cierto que no se puede separar médicamente la lesión inicial y su evolución posterior como antecedentes de un desenlace; sin embargo, se tiene que investigar detenidamente que a este desenlace no haya contribuido de manera determinante un actuar culposo del profesional médico.

27.37.5.1.2.8. Eximentes de responsabilidad médica

Ya hemos señalado que no en todos los casos en que se cause daño y concurra culpa será posible imputar responsabilidad al médico.

En sentido estricto, no es que se excluya el nexo causal, sino que simplemente, en ciertos eventos, este no llega a configurarse por una falencia en el elemento culpa; o, si bien existe nexo causal, el hecho del agente se encuentra justificado ya sea por la ley o por el consentimiento de la víctima.

Sostiene Yungano[1852] que el médico, para eximirse de responsabilidad ante una demanda por daños, puede argumentar que el hecho invocado no puede ser tipificado como falta médica o que no existe relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño; sin embargo,

[1851] Acosta Ramírez, Vicente. *Op. cit.*, pp. 402 y 403.
[1852] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, pp. 167 y 168.

como la prueba negativa puede resultar en una prueba diabólica, el médico deberá encaminar su defensa a acreditar la existencia de una causa extraña a su conducta, una eximente.

27.37.5.1.2.8.1. Error excusable

El error es la falsa percepción que se tiene de algo. Como tal, cuando sea de hecho, esencial y excusable, puede provocar la anulación del acto y, en lo que concierne a la responsabilidad por inejecución de obligaciones, la exoneración de responsabilidad del deudor.[1853] El error excusable implica la falta de culpa y la existencia de una razón admisible para errar.[1854]

Yungano señala el supuesto de un profesional médico que se halle ante un caso dudoso o raro con evolución atípica y signos clínicos cambiantes, circunstancias que pueden determinar un incorrecto —pero excusable— diagnóstico —especialmente al inicio del cuadro— que no podrá afectar la responsabilidad del profesional.[1855]

27.37.5.1.2.8.2. El caso fortuito

El caso fortuito se refiere a un hecho natural, ajeno al ámbito de actuación del médico deudor, que impide el cumplimiento de la prestación y tiene como características el ser extraordinario, imprevisible, irresistible y notorio. Está consagrado en el artículo 1315 de nuestro Código Civil y exime de responsabilidad al deudor por verificarse un hecho ajeno a la conducta de este que le impide cumplir con su prestación.

[1853] Al respecto, el artículo 207 de nuestro Código Civil, referido a los vicios de la voluntad, señala que la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.

[1854] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 168.

[1855] *Ibidem*, pp. 168 y 169.

Como ejemplo de esta causa de fractura de la relación causal, Yungano cita el siguiente ejemplo:

> Se trataba de una mujer que había sido sometida a una colecistectomía en 1970 y reanudado posteriormente su actividad normal; en 1971 se entera —como consecuencia de una radiografía que se le toma— que ha quedado un cuerpo metálico en el hipocondrio derecho, a raíz de lo cual demandó por el costo de una nueva intervención y por la reparación del agravio moral sufrido y el que debería sufrir con la segunda operación. El demandado admitió los hechos y señaló que durante la intervención se quebró casualmente la aguja al pasar un punto de sutura en el hígado por una hemorragia quedando el extremo libre dentro del mismo y cuya búsqueda resultó infructuosa, agregando que no existe peligro de infección o de reacción. La sentencia resolvió —de acuerdo con el dictamen del Cuerpo Médico Forense— que el trozo de aguja no se dejó caer ni fue olvidado en la cavidad abdominal, sino que quedó como consecuencia de una maniobra quirúrgica para efectuar la hemostasia de un vaso sangrante, circunstancia calificada como accidental; a su vez, la presencia de una víscera maciza como es el hígado implica la imposibilidad de que el objeto se desplace y que, salvo las manifestaciones psicológicas no ocasionará trastornos patológicos a nivel orgánico, siendo compatible con una vida y salud normales. Se consideró que se había dado la circunstancia prevista por el art. 513 (referente a caso fortuito) del Cód. Civil, ya que el evento se debió a caso fortuito, rechazándose que el médico hubiera actuado con impericia, imprudencia o negligencia, pues de haber insistido en la búsqueda pudo ocasionar un daño —peligroso y tal vez irreversible— al parénquima hepático.

27.37.5.1.2.8.3. La fuerza mayor

La fuerza mayor está vinculada a un acto de la autoridad.

27.37.5.1.2.8.4. La culpa de la víctima: conducta del enfermo

En este caso, la falta de la víctima es la única causa del daño. Es decir, no cualquier conducta del paciente tendrá relevancia para invo-

carse como causal de exoneración, sino que esta, por su gravedad, deberá ser determinante del daño que él alegue.

Señala la sentencia de 17 de mayo de 1982 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana que «es preciso que ella (la culpa de la víctima) haya sido la causa exclusiva del daño; que absorba de alguna manera, pero integralmente la imprudencia y el descuido del demandado, los cuales por consiguiente no tendrán ya ninguna trascendencia en la producción del perjuicio». Así también, «Para que el hecho de la víctima pueda liberar totalmente de responsabilidad, es necesario que su conducta haya sido causa adecuada y exclusiva del daño».[1856]

En este supuesto sí existe relación causal, solo que esta se produce entre el daño y la culpa del paciente; y no entre el daño y la culpa del médico.

A este respecto, Pérez de Leal cita el caso de Suleiman de Gómez, Esther c/ Munic. de la Capital Federal, en el que se falló eximiendo de toda responsabilidad a los profesionales accionados, fundado en que la actora abandonó el tratamiento al que fuera sometida haciéndose atender por otro profesional en una clínica particular.[1857] El abandono por el paciente de la atención médica que recibía, para consultar a otros profesionales, exime de responsabilidad al médico que fue abandonado.[1858]

27.37.5.1.2.8.5. El hecho de un tercero

En este caso el hecho dañoso ha tenido como autor a una persona distinta del dañado (paciente) o de aquella persona llamada a responder (médico).

[1856] Diario La Ley, 1990-A-256.
[1857] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 117.
[1858] Yungano, Arturo y otros. *Op. cit.*, p. 173.

Aquí también existe vínculo causal; sin embargo, este vínculo se producirá entre la culpa de un tercero y el hecho dañoso. El vínculo existe pero no compromete a ninguna de las partes de la relación originaria (paciente y profesional médico).

Es el caso del facultativo que prescribió correctamente un fármaco, cuando el medicamento al ser ingerido por el paciente le provoque intoxicación por encontrarse vencido a efectos del consumo, o por poseer algún vicio de conservación o de elaboración.[1859] Se tratará entonces de un supuesto de culpa de un tercero: el farmacéutico, por quien el profesional médico no tiene la obligación de responder.

27.37.5.1.2.8.6. Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes: fracaso del tratamiento

«Si el médico actuó poniendo su celo profesional, el fracaso del método elegido no puede serle imputable».[1860] En este caso no existe culpa, pues el profesional se comportó prudentemente; sin embargo, el tratamiento fracasó ya sea por la idiosincrasia del enfermo, su estado o resistencia o por factores a veces imprevisibles en cuanto a los resultados.

27.37.5.1.2.8.7. Estado de necesidad

Este acápite se refiere al médico que prescindiendo del consentimiento del paciente decide tratarlo, por ejemplo, realizándole una transfusión sanguínea, sin haber pedido su autorización por considerar que el peligro de daño en el que se encontraba el paciente no le daría tiempo para recabarlo, debiendo emplear los medios razonable y proporcionalmente idóneos para conjurar la emergencia. Para estos casos, se aplica por analogía el artículo 1971 de nuestro Código Civil referido a responsabilidad extracontractual.

[1859] Pérez De Leal, Rosana. *Op. cit.*, p. 118.
[1860] *Ibidem*, p. 119.

27.38. Responsabilidad civil de actos derivados de la bioética: La fecundación humana asistida

El Derecho, al ser un instrumento ordenador, cumple una función esencial: se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas, con el objetivo de lograr una convivencia pacífica. De lo dicho se desprende uno de sus rasgos característicos: su dinamismo. El Derecho no es, pues, una disciplina estacionaria y completa, sino, por lo contrario, variable, en la medida que se adapta a los cambios y a las transformaciones que tienen injerencia en la vida del hombre.

Actualmente, una de las ciencias que posee mayor influencia en el Derecho es la ciencia médica. Los avances que se han logrado en esa área son impresionantes. De allí que, como una respuesta al progreso de la ciencia y la tecnología, ha surgido lo que algunos autores denominan como Derecho Genético. Este se encuentra vinculado a la ética, en la medida que es ella la que fundamenta los principios a seguir, a fin de no vulnerar la esencia social.

Como expresa Graciela Messina:[1861]

> La materia a reglamentar es extraordinariamente compleja y heterogénea. De entrada los daños de intervención sobre el embrión son múltiples: procreación asistida, donación de órganos, experimentación, manipulación genética. Y todas ellas en un grado distinto de regulación: así, intervenir sobre la línea genética de la especie humana, clonar una célula o interrumpir el desarrollo de un embrión cuando se ha identificado que él lleva un gen portador de una enfermedad mortal incurable, no son actos absolutamente comparables.
>
> La diversidad de intereses —que muchas veces son contradictorios— requiere del Derecho que arbitre soluciones: intereses parentales, del infante por nacer, del individuo, enfermo o no, expectativas del sujeto de una experimentación, de las medicinas de elección, de las diferentes profesiones relacionadas con la salud, como así también los intereses de la industria farmacéutica, también los seguros, en fin, todo esto es materia del BIODERECHO.

[1861] MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Bioderecho. Buenos Aires, 1998, p. 26. La autora emplea el término Bioderecho para referirse a la asociación de dos ciencias que, a su entender, deben ser las encargadas de la defensa de la persona humana: la Bioética y el Derecho.
En este trabajo hemos optado por referirnos indistintamente a los términos Bioderecho y Bioética, toda vez que emplearemos, asimismo, el término Derecho Genético del cual se desprende la Bioética.

Dentro de este contexto, los adelantos científicos en materia de reproducción humana ofrecen un abanico de posibilidades, dudas y situaciones que hasta hace poco solo podíamos imaginar. Esto nos confronta con una serie de cuestiones éticas, sociales, morales y legales, que hacen imposible que podamos voltear la mirada e intentemos ignorar esta nueva realidad.

En el desarrollo de este Capítulo nos abocaremos a analizar el tema de la responsabilidad civil que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS). Con este fin, revisaremos, primero, algunas nociones relevantes del campo de la Bioética en el que se enmarca nuestro tema, para, de esta forma, obtener los elementos necesarios que nos permitan una correcta evaluación, calificación y valoración de los diversos supuestos que puedan presentarse.

27.38.1. Nociones generales

27.38.1.1. Derecho Genético y Bioética

No podemos iniciar un análisis serio sobre materia tan compleja como la que nos atañe, sin delinear algunos de los temas más importantes con los que se encuentra relacionada. En principio, es menester referirnos a lo que algunos denominan como Derecho Genético.

Como anota Bautista Pardo,[1862] «Si el derecho regula las relaciones humanas antes de nacer, en vida y después de la muerte, y la genética merodea los límites de la vida y la muerte como nunca hasta ahora, el encuentro entre ambos resulta inevitable».

De esta manera, el Derecho Genético se encarga de regular la aplicación de los procedimientos genéticos, así como su relación con el hombre. Su objeto, entonces, es otorgar criterios de protección legal que permitan resolver el ancestral dilema de los límites del obrar humano de modo que no se viole nuestra integridad, individualidad o identidad.

El profesor Enrique Varsi[1863] —quien se ha dedicado arduamente al estudio de esta materia— señala que el Derecho Genético presenta un conjunto de características. En tal sentido destaca que se trata de una rama esencialmente técnica que se encarga de estudiar los efectos de los avances biocientíficos sobre el hombre, a fin de predeterminar la relación jurídica biotecnológica. De esta manera se reglamenta la relación y consecuencias que surgen entre el ser humano y la ciencia biológica, toda vez que se encuentran influenciados de forma determinante por la tecnología y por ideas morales, religiosas y éticas.

A lo expresado, debemos añadir que el Derecho Genético está vinculado a otras ramas del Derecho, tales como el Derecho Constitucional, el Civil, el Penal, el Administrativo y el Ambiental. De igual forma, se relaciona con los Derechos Humanos, del Niño y del Adolescente, con el Derecho de Seguros, con el Derecho Laboral, así como con el Derecho Informático.

[1862] Bautista Pardo, Juan. «La investigación al servicio del hombre: reflexiones de un jurista». *Revista de Derecho genoma humano*, n.° 1, 1994, p. 26.

[1863] Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho y manipulación genética*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1997.
Fuente: http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibroDerechoManGennCap.html

Además, tiene relación con otras ciencias del saber humano, como son la filosofía, la estadística, las matemáticas, la informática y la religión. Asimismo, ha llegado a crear disciplinas especiales, como es el caso de la Bioinformática y la Bioética.

La Bioética, en este sentido, se presenta como un tema obligado del Derecho, de la política, de la sociología, de la filosofía, de la economía y de la antropología. Los autores, entonces, la proponen como un saber interdisciplinario teórico-práctico, que debe ocuparse principalmente de crear una cultura de vida, lo cual significa rescatar la dignidad de la vida en todas sus manifestaciones, con sus vitalidades, en su totalidad, con el fin de protegerla y de favorecer las condiciones necesarias para su realización.

Los principios sobre los cuales se fundamenta la Bioética están destinados a dar respuesta a cuatro preguntas básicas o generales: ¿Quién debe decidir?; ¿qué daño y beneficio puede causar?; ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación a los demás?; ¿qué se debe decir y a quién?

De esta forma, encontramos como pilares de la Bioética —y por ende del propio Derecho Genético— a los principios de autodeterminación, dignidad, igualdad e información.

Estos son principios que no debemos pasar por alto, puesto que una buena cantidad de problemas legales se interconectan muy estrechamente con conflictos de tipo ético, involucrando, en consecuencia, tanto a médicos, como a legisladores y a la propia comunidad en su conjunto.

A grandes rasgos —y siguiendo a Messina—[1864] podemos señalar

---

[1864] Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela N. *Op. cit.*, p. 29.

entre los diversos problemas que surgen de la aplicación de las nuevas técnicas en el ámbito científico, los siguientes:[1865]

(a) La individualidad biológica, que atañe al inicio de la vida y de la existencia de la persona humana.

(b) La integridad somática, que involucra las cuestiones relativas a la manipulación genética en el ser humano: el genoma humano.

[1865] Por su parte, Enrique Varsi, al referirse al tema, señala que el Derecho Genético se encarga de regular cinco aspectos o ámbitos fundamentales de la vida humana:
A. La individualidad biológica.
1. El inicio de la vida.
2. El fin de la vida.
B. La integridad genética.
1. El genoma humano.
a. Contratación.
b. Comercialización.
c. Industrialización.
d. Patente.
2. Los micro transplantes.
3. La experimentación humana.
a. Terapéutica.
b. Diagnósticos y terapias: Preconceptivos, preimplantarios, prenatal y postnatal.
4. La manipulación genética.
C. La identidad genética.
1. La determinación de la paternidad.
2. Identificación.
D. La intimidad genética.
1. Reserva y protección del genoma humano.
2. Privacidad del genoma humano.
3. Consejo genético.
4. Derecho a no saber.
5. Derecho a la imagen genética.
E. La procreación asistida.
1. Las técnicas de reproducción humana asistida.
a. Inseminación.
b. Fecundación.
c. ICSE.

(c) La identificación genética, con su aplicación práctica a temas como la determinación de la paternidad y de la maternidad.

(d) La procreación asistida, que incluye —entre otros— el problema de la protección del ser humano y la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida.

27.38.1.2. Técnicas de reproducción humana asistida (TERAS)

La reproducción humana asistida engloba diversos procedimientos o métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. Entre los principales métodos destacan la inseminación artificial, la fertilización *in vitro,* la transferencia de embriones, la cesión de vientre, y la preservación de gametos y embriones.

Las ventajas que otorgan las TERAS han sido destacadas en innumerables ocasiones. Como indica Beatriz Boza Dibós,[1866] la reproducción asistida es considerada como uno de los mayores logros de la tecnología contemporánea, tanto desde un punto de vista epistemológico como cultural, en la medida que proporciona un tratamiento eficaz para la gran mayoría de parejas infértiles, toda vez que permite que quienes tienen miedo de transmitir malformaciones genéticas puedan tener hijos que estén biológicamente relacionados por lo menos con uno de los padres.

[1866] Boza Dibós (Boza Dibós, Beatriz. Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho: reflexiones en torno a la «reproducción humana asistida». *Derecho* PUCP n.º 45, 1991) señala, asimismo, que los beneficios derivados de estos adelantos van más allá, pues permiten controlar las características del embrión (sexo, contextura, etc.), manipular el material genético para satisfacer el gusto de sus progenitores, traer hijos genéticamente relacionados a uno sin tener que participar en su concepción, gestación y/o alumbramiento, hacer posible la clonación y responder al pedido de los solteros, así como de las parejas homosexuales, de tener descendientes genéticamente vinculados a ellos.

No obstante, el uso y la aplicación de las TERAS puede también servir para canalizar experimentos negativos o manipulaciones contrarias a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres.[1867]

Así, en tanto la reproducción humana asistida permite separar los aspectos genético, gestacional y social, nos confronta a diversas controversias y cuestionamientos éticos, morales, legales y sociales.

En este punto, debemos destacar las apreciaciones de María Luisa Pfeiffer, quien afirma, con acierto, que la discusión acerca de la eticidad de la fecundación asistida no debe realizarse solamente en el plano de la medicina y la biología, ni limitarse a cuestiones de clínica médica. Hay otros factores en juego que afectan al orden antropológico, social y psicológico, que son necesarios tener presente a la hora de realizar un examen integral de un asunto como el de las TERAS.

En principio, es indispensable cuestionarnos si estas técnicas responden o no a principios como el de beneficencia, respeto al otro, protección del más débil, justicia o verdad y si, por ende, su aplicación se encuentra justificada; cuestionamientos que, a su vez, están vinculados a la idea de autonomía y/o autodeterminación que debe sustentar su utilización, así como su reglamentación.

Como expresa María Luisa Pfeiffer,[1868] «Más allá de la fascinación y dependencia que originan los productos de la técnica, estamos obli-

[1867] Varsi cita como ejemplo a la técnica de reproducción mixta, también llamada confusa, combinada o biseminal, aquella que se realiza mezclando el esperma de Juan con el de un tercero. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para elevar las probabilidades de que él sea el padre, se establezca una duda acerca de su paternidad, dándole la ilusión, o quizá la esperanza, de que fue su esperma —y no el de un tercero— el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente.

[1868] Pfeiffer, María Luisa. Algunas cuestiones relacionadas con la eticidad de la fecundación asistida. Disponible en *Cuadernos de Bioética* [versión digital] sección Doctrina http://www.bioetica.org

gados a replantear por un lado la cuestión del alcance de sus beneficios y el papel que juega en ello la ciencia médica y la biológica, y por otro el significado y peso de eso que llamamos autonomía. Potter, uno de los padres de la bioética, considera a ésta como el próximo escalón de la evolución humana; ello nos da la dimensión de la importancia de la reflexión ética».

Estas reflexiones nos llevan, asimismo, a abogar por la necesidad de una regulación que, sin desconocer la importancia y autonomía que la procreación posee en el seno familiar, brinde los parámetros que hoy esta materia requiere. La misión del legislador, desde esta perspectiva, impone no solo la creación de una norma técnicamente correcta, sino de una reglamentación que tenga por objetivo alcanzar el equilibrio necesario entre los avances tecnológicos y la dignidad del hombre. Es evidente que la norma deberá tener como brújula los principios propios de la bioética.

En palabras de Enrique Varsi:[1869]

> La regulación jurídica de las TERAS en general así como la experimentación científica sobre el hombre, merecen una protección social y una determinación legal inmediata. Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al Derecho son intrincados y espinosos porque afectan cuestiones éticas fundamentales y ponen de manifiesto y en real peligro la verdadera naturaleza de la vida humana.
>
> Una legislación de este tipo en nuestro medio es de suma urgencia, puesto que se comienza a desnaturalizar los principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y de la fami-

[1869] Varsi Rospigliosi, Enrique. *Op. cit.*
Fuente: http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibroDerechoManGennCap.html

lia. Esto representa actualmente un reto para el Derecho nacional que deberá tener en cuenta que la ciencia cumple la función básica: Estar al servicio exclusivo del hombre y no el hombre al servicio del desarrollo científico.

27.38.2. Responsabilidad civil derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

En principio, entonces, debemos resaltar que, a pesar de que el desarrollo y la evolución de las prácticas genéticas no ha sido ajeno al Perú —toda vez que la doctrina nacional ha tocado el tema de modo coherente y maduro—, no contamos aún con un cuerpo legal orgánico y sistemático que establezca las pautas tanto del progreso de la genética como de su influencia en las relaciones sociales.

Este vacío legal trae consigo el descontrol de medidas de protección, lo cual a su vez desemboca irremediablemente en una serie de conflictos tanto a nivel ético como jurídico.

Por ello, además de las controversias éticas a las que puede dar lugar la aplicación de las TERAS, debemos añadir los eventuales daños que también puede generar. Estos daños pueden ser diversos, dando lugar a la imputación de responsabilidad civil en distintas esferas jurídicas.

Las soluciones podrían variar si tuviéramos una legislación reguladora de los límites de la utilización lícita o legítima de las TERAS. Frente al silencio, en el marco del *naeminen laedere,* debemos analizar la antijuridicidad. Si existieran normas que pusiesen condiciones para el ejercicio de la actividad, la infracción de ellas generaría la ilicitud.[1870]

[1870] Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela N. *Op. cit.*, p. 124.

Nuestra Ley General de Salud trata el tema únicamente en dos de sus artículos, el 7 y el 28, del texto siguiente:

> Artículo 7.- «Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
>
> Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».
>
> Artículo 28.- «La investigación experimental con personas debe ceñirse a la investigación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la declaración de Helsinski y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados».

El primero de los artículos citados (7) permite el uso de las TERAS; sin embargo, prohíbe en forma expresa la denominada maternidad subrogada, así como la cesión de útero y los procesos de ovodonación; esto, en tanto dispone que la condición de madre genética y madre biológica no pueden estar en personas distintas.

De igual manera, la citada norma jurídica establece claramente que es indispensable para la validez del procedimiento que los padres den su consentimiento de forma previa y textual.

El segundo de los artículos citados (28), por su parte, prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, esto es, todo tipo de manipulación genética. Asimismo, el artículo 28 nos remite a la Declaración de Helsinki, la misma que contiene una serie de principios de gran relevancia, que pueden sintetizarse, básicamente, en cuatro centrales, a saber:

- Protección integral del ser humano.
- Primacía de la vida frente a los cambios tecnológicos.
- Utilización de la experimentación en uso benéfico para el hombre.
- La medicina como ciencia con fines terapéuticos.

A estas normas debemos agregar la Ley N.° 27048,[1871] que se ha encargado de modificar diversos artículos de nuestro Código Civil, con respecto a la declaración de paternidad y maternidad, tomando en cuenta los nuevos avances científicos.

[1871] Nos referimos a la Ley N° 27048, promulgada el 31 de diciembre de 1998 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 6 de noviembre de 1999:
Artículo 1.- «Admisibilidad de la Prueba Biológica, Genética u otras.
En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza».
Artículo 2.- «Norma modificatoria. Modifícanse los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, en los siguientes términos:
Artículo 363.- «El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:
1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza».

Artículo 402.- «La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:
1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado, declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.
   Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.
   El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza».

Artículo 413.- «En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.
También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.
La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas».
Artículo 415.- «Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo».

A partir de estas normas —así como de las disposiciones generales de la responsabilidad civil— debemos examinar los supuestos que puedan acontecer. Para tal efecto tenemos que considerar, también, como ya lo expresamos, los principios de la bioética.

Si bien los más significativos problemas de responsabilidad civil que pueden ocurrir por el uso de las TERAS, surgirán cuando el niño fruto de las mismas nazca con serias deficiencias físicas o psíquicas, ya sea por la utilización de material genético defectuoso, o por errores en el procedimiento de obtención, conservación o manipulación del material,[1872] lo cierto es que estos no son los únicos daños que se pueden producir. Incluso el nacimiento de un niño sano puede conllevar problemas de responsabilidad que es necesario resolver.

Artículo 3.- «Consecuencia de la aplicación de la prueba.
En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada».
Artículo 4.- «Mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN.
El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 a 187 del Código Procesal Civil».
Artículo 5.- «Responsabilidad por mala fe.
La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado, deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del Juez».
Artículo 6.- «Norma derogatoria.
Deróganse los artículos 403 y 416 del Código Civil».
DISPOSICIÓN FINAL
PRIMERA.-
«El Poder Ejecutivo reglamentará lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley».

[1872] Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela N. *Op. cit.*, p. 124.

Las posibilidades son muchas, por lo que nos limitaremos a analizar los principales criterios de responsabilidad en los supuestos que consideramos de mayor relevancia.[1873] De esta manera, nuestra evaluación tomará como eje los riesgos, daños y relaciones en las que pueden verse involucradas las partes, es decir, la criatura, el donante, la pareja que se somete al tratamiento y el cuerpo médico.

27.38.2.1. Daños sufridos por la criatura

En primer lugar, señalamos que los adelantos científicos pueden afectar directa y sustancialmente la salud de la criatura, ocasionando, por ende, daños en su aspecto fisiológico.

En este sentido, destacan dos posibilidades respecto de los daños genéticos causados por el uso de las TERAS: Que la fecundación asistida haya sido homóloga, es decir, lograda con espermatozoides y óvulos de los propios cónyuges o padres biológicos; o heteróloga, en la cual uno de los componentes proviene de un tercero que opera como donante.

En palabras de Edgardo Saux,[1874]

> Va de suyo que para poder evaluar los alcances de los distintos matices que el tema plantea —legitimación activa, alcances del resarcimiento, factor de atribución, ámbito contractual o aquiliano de la responsabilidad— debemos partir de la premisa de que en principio los padres son accionantes y no demandados, por desconocer el vicio (originario o adquirido) del gameto empleado, siendo legitimados pasivos el personal o equipo médico actuante y, eventualmente, si conocía o debió conocer el vicio, el donante.

[1873] Solo nos ocuparemos de aquellos supuestos que se encuentran permitidos por la Ley General de Salud, por lo que no haremos referencia a los casos de manipulación genética, tales como intervención de las células germinales, la clonación, la cesión de útero, la intervención del genoma y la reactivación del ADN del cadáver.

[1874] Saux, Edgardo Ignacio. *Op. cit.*, p. 630.

En cuanto a la responsabilidad del donante, la misma se configuraría en la hipótesis de que la criatura presente deficiencias físicas o psicológicas como producto de defectos originarios del material genético utilizado, el mismo que el donante, no obstante conocer, ocultó. Este conocimiento puede ser cierto o fundarse en la sospecha razonable del donante respecto a la posibilidad de transmitir alguna enfermedad infecciosa, genética o hereditaria al nuevo ser.

De aquí podemos inferir que el factor de atribución de la responsabilidad sea la culpa o el dolo. Igualmente, podemos deducir que no solo el niño cuenta con legitimidad activa, sino también sus padres.[1875] La prueba, sin embargo, es sumamente compleja, puesto que en la mayoría de casos el donante mantiene su anonimato.

Más allá del potencial conocimiento que pudiera tener el donante, la responsabilidad del cuerpo médico[1876] se presenta a sí misma como uno de los tópicos centrales de la discusión.

En principio, debemos considerar que el rol del equipo médico[1877] comprende la selección, conservación y utilización del material genético, por lo que el daño genético podría provenir de tres fases: Deficiencias propias del gameto, deficiencias generadas en el manipuleo, o deficiencias debidas al mal empleo o a la mala calidad del material genético.[1878]

[1875] Es necesario aclarar que si se trató de una inseminación homóloga, el padre, al constituirse como la parte demandada, no cuenta con legitimidad activa.

[1876] La Ley General de Salud —en el Capítulo que corresponde al ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud— establece, al respecto, lo siguiente:
Artículo 36.- «Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades».

[1877] Nos remitimos, en este punto, al Capítulo que sobre el tema de la responsabilidad del médico oportunamente hemos desarrollado.

[1878] Saux, Edgardo Ignacio. *Op. cit.*, p. 631.

En términos generales, la función del cuerpo médico es brindar su asistencia de forma diligente. Esta prestación involucra un cúmulo de deberes, los mismos que se manifiestan en cada etapa. Su conducta, por consiguiente, debe adecuarse a lo que corresponde al ejercicio de su profesión, proscribiéndose así la denominada mala praxis.

Si la criatura padece daños genéticos como resultado de la impericia o ignorancia inexcusable, de la imprudencia o de la negligencia con la que el servicio médico fue prestado, procederá la indemnización por responsabilidad contractual. Con mayor razón, si nos encontramos frente a un actuar doloso. La institución o centro médico también responde frente a la víctima.

En expresiones de Messina,[1879]

> El profesional médico tiene el deber jurídico, conforme la naturaleza de la obligación y sus circunstancias, de constatar determinadas garantías esenciales como la normalidad del elemento inyectado. Esta obligación surge también por la utilización de técnicas no reglamentadas, en proceso aún de experimentación; se ha dicho que en estos casos el factor de atribución es la culpa apreciada estrictamente y cuando se apliquen tratamientos con intervención de aparatología moderna y de alto riesgo (rayo láser, bomba de cobalto, acelerador lineal), la responsabilidad profesional es objetiva, se basa en la causalidad a nivel de autoría: el médico no se exime cuando el medicamento tiene nocividad conocida o cognoscible y asume el riego de prescribirlo.

Otro problema es el relativo a la filiación que puede causar un daño moral y psicológico a la criatura.[1880] La inseminación artificial heteróloga practicada a la cónyuge brinda un componente genético

---

[1879] Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela N. *Op. cit.*, p. 156.

[1880] En el Congreso Internacional de Derecho y Garantías en el siglo XXI, realizado en Buenos Aires en el año 2001, se abordó el tema de la identidad. En el citado Congreso se trataron diversos puntos que creemos necesario destacar:

distinto que no coincide con el del marido. Si este último, a pesar de haber brindado su consentimiento, quiere desconocer su paternidad exigiendo una prueba genética, es viable la indemnización.

La Ley N.° 27048 regula en su artículo 5 esta posibilidad. De la citada norma se desprenden diversos elementos que deben tenerse en consideración. La antijuridicidad estaría dada por la trasgresión del principio de la buena fe, toda vez que el responsable tendría un comportamiento contrario a sus propios actos. Dicha conducta ha generado un daño que puede ser tanto moral como económico y que requiere —como es lógico— la prueba de las circunstancias que lo configuran.[1881]

Acerca del derecho innegable del niño de conocer su verdad biológica, la reforma constitucional y la incorporación de los diferentes tratados, proclama que este comienza con la existencia de la persona humana que se inicia «...desde el momento de la concepción, sin hacer distinción entre la concepción natural o artificial». Así, nuestro derecho protege a la identidad en toda su extensión. Por ello se admiten pruebas genéticas para la indagación de los vínculos filiales.

Para hablar de derecho a la identidad es presupuesto indispensable el derecho a la vida, sin el cual no existiría el hombre. La identidad personal es «ser uno mismo», representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, «constituyendo la misma verdad de la persona». Se entiende por identidad genética al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea su genoma.

Todos los hombres tienen derecho a la igualdad en la dignidad y es por eso que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales.

En la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal, que es la cognición de aquello que «se es realmente», lo que el sujeto naturalmente anhela conocer y desentrañar. Ese derecho se encuentra mancillado cuando el acceso a la verdad biológica es obstruido o negado.

Los problemas fundamentales de estos tres conceptos —A.D.N., filiación e identidad— se observan cuando la realidad biológica no coincide con la filiación biológica revelada.

Es por ello que la identidad genética no necesariamente siempre coincide con la identidad filiatoria.

[1881] El daño moral probablemente consistirá en la vergüenza, la buena fe burlada, el rechazo de la paternidad, así como la trascendencia que en el medio social podría tener la noticia del origen del niño así concebido.

Como es evidente, debe existir una adecuada relación de causalidad entre la impugnación de la paternidad y el perjuicio causado. Por otro lado, el factor de atribución se encuentra determinado por la teoría subjetiva, de modo que el factor de atribución de la responsabilidad es la culpa o el dolo. Debemos resaltar, además, que la responsabilidad a la que nos referimos no puede ser otra que de índole extracontractual.

Resulta importante tener en consideración las expresiones de Graciela Messina:[1882]

> Puede haber dolo en la conducta del marido que previó tal situación e igual consintió la inseminación heteróloga, para luego impugnar la paternidad que le imputa la ley. Existiría culpa si, por el contrario, creyó negligentemente que podía aceptar sin conflictos la paternidad jurídica de un hijo ajeno —con la que prestó consentimiento—, y esta situación luego excede el marco de sus posibilidades psíquicas, llevándolo a negar la paternidad que en principio parecía haber asumido.

Otro criterio respecto del factor de atribución tendría apoyo en el abuso del derecho, si entendemos que la conducta contraria a los propios actos implica el ejercicio irregular de un derecho, además de una violación al principio de la buena fe.

27.38.2.2. Daños sufridos por los padres

Al igual que en el caso anterior, resulta necesario ocuparnos de la salud física y mental de los interesados. Los daños físicos se encuentran vinculados al procedimiento en sí, mientras que los daños psíquicos se relacionan con la alteración que ellos pueden sufrir, si sus expectativas son demasiado grandes y no se logran concretar. Pese a que, en principio, nos encontramos frente a daños previsibles dada la natura-

---

[1882] Messina De Estrella Gutiérrez, Graciela N. *Op. cit.*, p. 134.

leza que poseen las TERAS, sin embargo, estos cobran relevancia jurídica cuando las víctimas se encontraban mal informadas acerca de la tecnología y de sus posibilidades de éxito.

Debemos recordar que sobre la base del principio esencial de la Bioética (no causar daño excepto que el beneficio sea netamente mayor que este daño), el médico debe, primero, conocer profundamente el daño que va a ocasionar y el beneficio que puede resultar de la práctica dañina, y luego informar claramente al paciente conociendo todas las circunstancias que lo rodean, para que este pueda decidir, con pleno conocimiento de causa, acerca de si lo que el médico le propone le resultará beneficioso.

En este sentido cabe hacer algunas reflexiones, compartiendo las ideas de María Luisa Pfeiffer,[1883] para lo cual tomamos como eje el siguiente cuestionamiento:

> ¿La mujer que se somete a este tipo de prácticas se encuentra realmente informada de todos los riesgos y daños que la fecundación asistida puede generar o sólo vive en una nube de ilusiones llena de pañales, batitas y sonajeros alentada por la consigna médica de que «en fertilidad es factible llegar al éxito»?

Al respecto, compartimos lo señalado por Pfeiffer, quien afirma que toda práctica invasiva —y esta lo es en alto grado— debe contar con la anuencia del paciente. El enfermo practica en el acto médico su autonomía cuando no está obligado a realizar el acto de ninguna manera, cuando no es amenazado, manipulado, coaccionado; cuando puede permitirse dudar, consultar, evaluar libremente. La información se convierte en un elemento clave que debe ser entendido adecuadamente. Si bien el médico puede blandir como trofeo la firma de la pareja sobre un consentimiento informado, tal hecho no convierte su conducta en ética. Por el contrario, si el médico no tuvo en cuenta la situación de la pareja, si no la informó de todas las consecuencias, riesgos, pronósticos, alternativas, agrega un elemento más a su falta de ética profesional.

[1883] Pfeiffer, María Luisa. *Op. cit.*

El derecho a la información solo tendrá valor si se encuentra basado en consejos adecuados, información completa y asesoramiento acerca de los alcances, límites y riesgos de cualquier tratamiento.

Una de las principales obligaciones del médico es la de instruir al paciente, advertir los riesgos del tratamiento o de la intervención preconizados. No hacerlo por culpa o por dolo implica la posibilidad de imputarle los daños y perjuicios que dichos tratamientos puedan causar.

La responsabilidad del médico sería —al igual que en el caso anterior— contractual, enmarcándose dentro de la teoría subjetiva o de la culpa.

27.38.3. Algunos comentarios finales

Es indudable que, como todo desarrollo, el de la Biogenética presenta una serie de ventajas y desventajas que se traducen, a su vez, en un conjunto de beneficios y perjuicios. Esta realidad determina la importancia de establecer límites a la investigación biológica y a sus aplicaciones, en salvaguarda del inminente peligro a que está sometido el ser humano. El Derecho, entonces, se encuentra obligado a intervenir cautelando los valores y principios fundamentales del ser humano.

Dichos valores y principios, asimismo, configuran la base esencial e imprescindible de cualquier reglamentación sobre la materia. El análisis de los distintos supuestos que puedan originarse debe partir, también, de aquellos valores y principios.

De este modo, la responsabilidad civil susceptible de derivarse de los daños producidos por la aplicación de procedimientos de la biogenética, precisa evaluarse no solo a la luz de las normas generales que informan esta institución jurídica, sino que debe tomar en cuenta las normas especiales que regulan el tema, así como los principios de la Bioética, tales como la justicia distributiva, beneficencia, autonomía, no discriminación, no-maleficencia y no-futilidad.

En el caso específico de la fecundación humana asistida, hemos podido constatar que las relaciones a las que da lugar se caracterizan por su complejidad. Por consiguiente, las esferas jurídicas que pueden verse afectadas no son las mismas en todos los supuestos. Es necesario realizar un examen de las circunstancias en las que se produjo el hecho y el daño, a fin de poder deslindar la responsabilidad correspondiente, la misma que podrá ser contractual o extracontractual, dependiendo del contexto que le sirvió de marco.

Nuevamente nos enfrentamos a una realidad a la que no podemos otorgar una única fórmula de solución, en tanto un mismo hecho puede dar lugar a la imputación de responsabilidad a distintos sujetos, responsabilidad que en algunos casos será contractual y en otros extracontractual.

27.39. Responsabilidad civil del abogado respecto a su cliente

La responsabilidad que se atribuye al abogado existe desde el nacimiento de la profesión misma. Algunos cuerpos legales de antigua data dan fe de aquello a través de diferentes normas relativas a las consecuencias que debe asumir el abogado ante el incumplimiento de sus deberes.

Hasta hace algunos años, sin embargo, se solía discutir en torno de si tal responsabilidad era únicamente de carácter ético o si también era civil. Hoy, los debates se centran en discutir aspectos distin-

tos, admitiendo que la responsabilidad del profesional del Derecho posee una esencia tanto civil como ética.

Al respecto se ha pronunciado Mosset Iturraspe[1884] en los siguientes términos:

> [...] los abandonos, los errores y los descuidos merecen ahora, además del reproche de conciencia y del juicio desfavorable de terceros, una sanción jurídica.

Para este autor, los abogados deben responder por los daños originados en su obrar con culpabilidad y «máxime teniendo en cuenta que la crisis del servicio de justicia tiene mucho que ver con el modo de cumplir su función por parte de abogados y jueces, con la pericia y diligencia desplegadas, atento a que el desconocimiento del saber jurídico o la negligencia o imprudencia en su aplicación redundan en graves fallas en aquel servicio».

Dicha responsabilidad puede provenir del incumplimiento de obligaciones estipuladas contractualmente entre el abogado y su cliente (contractual), o tener por causa un daño inferido a otra persona (extracontractual), lo que en ambos casos implicará la infracción de las normas referentes al ejercicio de la profesión que establezcan conductas o modos de obrar, y que conforman la buena praxis, especialmente las normas ético profesionales.

En las páginas que siguen nos centraremos en el estudio de la responsabilidad civil del abogado respecto de su cliente, la misma que, como veremos, se origina en el vínculo que surge del contrato de prestación de servicios profesionales que ambos celebran.

[1884] Mosset Iturraspe, Jorge. «Responsabilidad profesional del abogado por daños en el ejercicio de su misión». *Revista Jurídica Argentina La Ley*. 1980-C, p. 491.

En ese sentido, debemos partir de la premisa de que este tema se encuentra dentro de la denominada responsabilidad de los profesionales que, en términos generales, responde a las normas y principios de la responsabilidad civil.

27.39.1. El abogado

Como resulta evidente, nuestro estudio debe iniciarse definiendo el rol que desempeña el abogado. Así, tenemos que la palabra «abogado» proviene de la voz *advocatus,* término en que derivó la expresión *ad auxilium vocatus,* esto es, «el llamado para auxiliar».

La profesión ha evolucionado considerablemente en el transcurso de la historia. En un principio, únicamente se consideraba como abogados a aquellos que ejercían la defensa ante los tribunales gratuitamente. Hoy, en cambio, el ejercicio de la profesión incluye no solo la defensa ante los tribunales, sino también el asesoramiento jurídico y la negociación, siendo indiferente si dichos servicios se prestan de forma onerosa o gratuita.

Hasta hace algunos años, la gran mayoría de abogados eran competentes en el asesoramiento y en la defensa de las diversas disciplinas jurídicas, siendo considerados, por ende, como entendidos en la práctica general de la profesión. A mediados del siglo pasado surgió la denominada especialización basada en las diversas áreas del Derecho.

Como resalta Morello,[1885] el abogado —con mayor y profunda información— debe saber más, por lo que debe examinarse diariamente en el registro de la excelencia que abarca la idoneidad, destreza, apertura y ductilidad. Ya no es generalista sino particularista de uno o pocos sectores por los que debe transitar con solvencia, afinado oficio y experiencia.

A grandes rasgos, hoy se denomina abogado a aquella persona que, previo cumplimiento de diversos requisitos, el Estado autoriza para representar los intereses y defender los derechos de los demás.

Ramón Mullerat estructura la figura del abogado por medio de tres elementos, caracterizándolo como servidor de la justicia, interprete de la realidad y hombre de ética.[1886] Podríamos aplicar sus consideraciones al Derecho Peruano, de la siguiente manera:

27.39.1.1. El abogado, servidor de la justicia

El abogado desempeña, desde esta perspectiva, una misión esencial en una sociedad fundada en el respeto a la justicia y a los intereses, derechos y libertades que esta sustenta. Ello supone que como profesional prototípico, el abogado se caracteriza por su orientación hacia

---

[1885] Morello, Augusto Mario. «Nuevos perfiles de la responsabilidad civil del abogado». En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.,* p. 624.
El propio Morello completa su reflexión de forma expresiva:

«Enfrentando asuntos complejos en los que el deber de previsión y la sutileza de los enfoques y técnicas, la táctica y estrategia con las que desarrollar la defensa acusan la necesidad del auxilio interdisciplinario y el valerse de calificada prueba científica. Cuando el defendido, quien pide el consejo o la asistencia también sabe más (está más en materia acerca de lo que se trata) y urgido por la respuesta favorable de su tesis; y para ello lo requiere igualmente más a su abogado, sin tiempos de espera y mecido en una relación profesional de confianza que solo anuda consistencia en la medida en que se jalone con los éxitos de los resultados. Todo ello, en un escenario que desnuda lo feroz de la competencia al tener que llegar a vencedores sí o sí, teje un elenco de circunstancias reales, los condicionamientos, que a la hora de la verdad, la del pronunciamiento en el mérito, impone no prescindir de esos parámetros sociológicos, psicológicos y éticos, que se intercalan en el íter del trámite y que, cuanto más intensivo y vivo, no arrima, como el médico, casi inexorablemente, a un estado de estrés».

[1886] Mullerat Balmaña, Ramón M. «La responsabilidad civil del abogado». En: http://www.icas.es/vbs/files/larev_13_1.pdf.

el ideal de servicio, que antepone los intereses de su cliente y de la sociedad a sus propios intereses, y por su sujeción a los principios deontológicos.

El artículo 1 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú coincide con esta visión, al señalar que la misión fundamental del abogado consiste en defender y aconsejar a sus clientes con diligencia y en sostener el derecho y la justicia.

27.39.1.2. El abogado, intérprete de la realidad

Se ha dicho que el Derecho es más que ciencia: es la vida misma y que la vida le llega al Derecho no a partir de la lógica, sino de la experiencia. En ese sentido, y en vista de que el abogado presta sus servicios tanto al pobre como al rico, al influyente y al no influyente, puede describírsele como un buen conocedor de la sociedad, de los hombres y de sus problemas, debiendo aplicar el Derecho conociendo y atendiendo al contexto social del momento en el que vive.

27.39.1.3. El abogado, hombre de ética

La función social del abogado nos lleva a calificar de relevante la actividad profesional que desempeña. Toda vez que dicha función le impone la sujeción a una serie de exigencias éticas que van más allá de las impuestas a los demás ciudadanos sujetos a la ley general: dignidad, integridad, independencia, desinterés, diligencia, secreto profesional, etc.

Lo cierto es que en la esencia de su rol profesional se encuentra la dimensión ética de su ejercicio, a través de principios y normas que van dando pautas acerca de la buena praxis profesional.

Como hombre de ética, el abogado tiene el deber de mantener indemnes el honor y la dignidad profesional. Tiene, en consecuencia, no solo el derecho sino el deber de reprochar y denunciar —ante

quien corresponda— la conducta irregular de colegas, jueces y funcionarios públicos.

Así, la actuación del abogado como profesional del Derecho tiene que estar investida de la diligencia necesaria para el logro de los objetivos que se persiguen con su actividad. Ello, siempre en un marco de respeto y promoción del orden jurídico, siguiendo las técnicas, conocimientos y los valores éticos propios de su profesión, reforzando la relación de confianza que lo vincula a su cliente.

Como expresa Morello:[1887]

> Al igual que los médicos, arquitectos y demás titulados a los que se habilita para desempeñarse en el arte u oficio propio a los conocimientos teóricos, técnicos y prácticos correspondientes a tenor de esas especializaciones y conforme las reglas y métodos pertinentes, cada uno de esos cometidos se despliega con sujeción a los cuidados, diligencia y previsión indispensables para que el obrar (y no su mal cumplimiento, desviación u omisión) satisfaga, de modo adecuado, lo que concierne al objeto y fines de esas actividades.

27.39.2. Naturaleza jurídica de la relación abogado-cliente

En general se admite que el vínculo que existe entre el abogado y su cliente se construye sobre la base de una relación jurídica que se desenvuelve en el plano contractual, por lo que la responsabilidad civil que puede derivar de la misma es también contractual.[1888]

La tesis esbozada, de la cual partimos, no ha predominado siempre, en tanto han sido varias las teorías que se han formulado en tor-

---

[1887] Morello, Augusto Mario. *Op. cit.*, p. 619.

[1888] Puede suceder, sin embargo, que el abogado no esté unido con el litigante por relación contractual alguna, bien porque preste el servicio obligatoriamente como letrado de oficio, o en virtud de exigencias legales del derecho de asistencia jurídica gratuita o por alguna otra causa.

no de este tema y que han sido acertadamente reseñadas por Ramón Mullerat Balmaña:[1889]

27.39.2.1. Relación institucional

En principio y debido al carácter público y a la variedad de deberes que engendra la misión del abogado, que determina lo complejo del vínculo abogado–cliente, se sostuvo que este sobrepasa los límites del área contractual para entrar en la esfera de lo institucional. Así, se ha afirmado que entre abogado y cliente hay algo más que un contrato y que las relaciones entre ambos son más bien de orden espiritual y se hallan fuera del comercio.

27.39.2.2. Relación extracontractual

Esta doctrina ha sido sustentada sobre la base de diferentes premisas. Algunos han sostenido la naturaleza extracontractual de la relación abogado-cliente, argumentando que el ejercicio de las denominadas profesiones liberales no puede dar lugar ni a un contrato ni a una acción judicial, quedando a merced de la buena fe de las personas cuyo encargo ha sido aceptado y ejecutado. Otros, en cambio, se han adherido a esta postura sosteniendo que la responsabilidad del profesional surge del incumplimiento de una obligación legal y otras teorías no contractualistas.

27.39.2.3. Relación contractual de mandato

Esta posición ha sido construida a partir del Derecho Romano, en el que los servicios profesionales se regulaban como formas de mandato, mientras que los trabajos manuales eran considerados arrendamientos de servicios.

[1889] Mullerat Balmaña, Ramón M. *Op. cit.*

José de Aguiar[1890] se ubica dentro de esta corriente, al sostener que «El abogado responde contractualmente ante sus clientes. No sería posible negar el contrato existente entre ambos como auténtico ejemplo de mandato. Tanto que es indiferentemente llamado mandatario o procurador judicial. Sus obligaciones contractuales, de modo general, consisten en defender a las partes en juicio y darles consejos profesionales».

27.39.2.4. Relación contractual de arrendamiento o prestación de servicios

Actualmente la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que la relación entre el abogado y su cliente participa de la naturaleza del arrendamiento generalmente de servicios y, en ocasiones, de obra; en el Perú, conforme al Código de 1984, contrato de locación de servicios y obra, respectivamente.

27.39.2.4.1. Contrato de arrendamiento de servicios o locación de servicios

Esta posición ha sido asumida por distintos y reconocidos juristas, tales como Duverger, Baudry-Lacantinerie, Pont, Aubry y Rau, Planiol y Ripert, Pacifici Mazzoni, Chironi, Valverde, Pérez González y Alguer, entre otros. Todos ellos coinciden en afirmar que la relación entre el abogado y su cliente constituye un contrato de arrendamiento de servicios o locación de servicios.

Así, los citados autores aseveran que en tanto el abogado presta un servicio más o menos continuado de asistencia profesional (encontrándose el mismo subordinado a las contingencias propias de todo pleito) y que el cliente hace cesar cuando quiere, salvo pacto

[1890] Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 364.

contrario, el contrato no puede calificarse de otro que no sea el de arrendamiento de servicios o locación de servicios.

27.39.2.4.2. Contrato de arrendamiento de obra o contrato de obra

Según recuerda Luis Andorno,[1891]

> En cambio, para otra corriente la relación contractual entre quienes ejercen las denominadas profesiones liberales —entre ellas, naturalmente la abogacía— con sus clientes es susceptible de encuadrar dentro de las normas que regulan la locación de obra, ya que lo que interesa es el resultado u *opus,* lo cual no significa que el profesional garantice el éxito de su gestión, salvo que hubiera pactado expresamente.

27.39.2.5. Relación contractual basada en contrato innominado

Otra tendencia asevera que la falta de precisión en las leyes y el hecho de que la relación abogado-cliente no coincida exactamente con ninguno de los tipos contractuales del Código Civil, conlleva a que dicha relación sea calificable como un contrato *sui generis,* innominado, del tipo de *facio ut des.*

27.39.2.6. Nuestra posición al respecto

Al igual que Trigo Represas,[1892] pensamos que se está en presencia de relaciones jurídicas variables de carácter contractual, pudiendo consistir en un contrato de obra[1893] (tal es el caso de la redacción de un estatuto societario), o de locación de servicios (cuando el profesional trabaja a sueldo aunque su labor no la realice en horario ni en las oficinas del empleador), o de mandato, en los supuestos en que se le ha otorgado un poder para actuar en juicio en representación de su cliente.

Según refiere Trigo Represas,[1894] es imposible comprender en una sola figura las innumerables relaciones que llevan al abogado a desplegar su actividad, pues si patrocina a un cliente o si ejerce la dirección de un caso, cobrando por etapas, se aproxima a la locación de servicios, al contrato de obra si comprometió su actividad hasta la finalización de su cometido o si se le paga un precio total determinado, importando mandato la aceptación por su parte de un poder.

En términos generales y, salvo la defensa judicial o encargos de representación para la celebración de determinados actos jurídicos, los servicios profesionales de los abogados no se materializan a partir de un contrato de mandato. Tomemos como claros ejemplos lo difícil, por no decir imposible, que resultaría enmarcar la figura del mandato en el encargo de la redacción de un testamento o de un contrato de sociedad, un informe sobre un problema jurídico u otros casos.

Ello implica sostener que las circunstancias concretas y particulares de cada relación jurídica nacida entre el abogado y su cliente, determinarán el carácter de la vinculación existente entre ambos. El intérprete deberá, en cada caso, determinar, entonces, la naturaleza contractual más adecuada, en función de los rasgos predominantes de la relación jurídica.

[1891] Andorno, Luis O. «La responsabilidad de los abogados». En: *Derecho de daños.* Buenos Aires: La Rocca, 1991, p. 476.

[1892] *Ibidem,* p. 477.

[1893] El Tribunal Supremo Español ha sostenido al respecto, en sentencia del 4 de febrero de 1950, lo siguiente:
«[...] aunque de ordinario se presenta la relación contractual entre el letrado y su cliente como un contrato de servicios, también aparece, otras veces, como contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga a aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre entre otros casos en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen».

[1894] Trigo Represas, Félix A. *Responsabilidad Civil del Abogado.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, p. 119.

Los servicios profesionales del abogado, en consecuencia, asumen a veces el carácter de mandato, de locación de servicios, o incluso de contratos de obra, según las circunstancias de cada asunto.

El criterio anotado es el asumido de manera mayoritaria en Argentina, donde incluso se califica a este contrato como multiforme o variable.

Ahora bien, una vez que el abogado toma la representación profesional de un cliente, y nace entre ambos una relación jurídico contractual, es su deber defender los intereses de este último con diligencia, desplegando sus conocimientos y habilidad en la gestión. El abogado tiene que cumplir dicha labor siempre dentro del marco de la ley, atendiendo tanto a su letra como a su espíritu y a los propósitos que la informan.

Los abogados y, en general, todo agente jurídico, protagonizan un quehacer reglado que se rige sobre la base de directivas jurídicas y éticas, debiendo responder por los daños que ocasionen sus actos u omisiones.

La clara y efectiva actuación de la responsabilidad profesional emerge como componente necesario e indiscutible de la tarea de promover la confianza de su cliente. Además de jerarquizar el desempeño de las profesiones jurídicas, con ello se preserva el valor de la propia seguridad jurídica.

27.39.3. Deberes del abogado

En la esencia de la responsabilidad del abogado se halla el incumplimiento de su obligación contractual, toda vez que se incluye el incumplimiento de los deberes propios de su profesión. Estos deberes parten de la premisa básica de que todo sujeto que preste servicios profesionales tiene que poseer los conocimientos teóricos y prácticos que su profesión exige. Tales conocimientos deben ser ejercidos con

la diligencia y previsión que le imponen las reglas y técnicas correspondientes.

A grandes rasgos, la obligación principal del abogado está constituida por la ejecución de la actividad para la que se contrató su intervención. El desarrollo apropiado de esa actividad implica el desarrollo de sus aspectos interrelacionados. Así, junto al cumplimiento de la obligación principal se exigen otras obligaciones de carácter accesorio, como pueden ser la obligación de actividad y la de protección de los intereses del cliente. El incumplimiento de cualquiera de ellas origina la responsabilidad contractual.

En general, la responsabilidad del abogado podrá surgir del desconocimiento de los principios básicos de la respectiva ciencia o arte, o de la incapacidad para discernir adecuadamente. La ignorancia de reglas esenciales o axiomáticas estaría revelando en el profesional la falta de conocimientos suficientes como para desempeñarse «prudentemente», sin peligro de daño para quienes requieran sus servicios, o simplemente, del hecho de haberse actuado en forma descuidada o negligente.[1895]

El contrato de servicios profesionales que vincula al abogado y su cliente puede tener su origen en dos tipos de situaciones. Por un lado, puede tratarse de un asesoramiento y, por otro, puede circunscribirse al ámbito judicial en el que el abogado actúe sobre la base del denominado patrocinio letrado o del apoderamiento.

En ambos escenarios el deber de conocimiento del saber jurídico y de diligencia en su aplicación se configura como esencial, toda vez que como consecuencia de aquellos y de las necesidades derivadas de la realidad, se impone, asimismo, el deber de perfeccionamiento constante.

[1895] Mullerat Balmaña, Ramón M. *Op. cit.*

Igualmente, entre los deberes fundamentales del abogado encontramos el de informar a su cliente de todo asunto que surja en el desarrollo de su caso. Al fin y al cabo, lo cierto es que los clientes son los dueños —por así decirlo— de los asuntos que confían a sus abogados. Los abogados, conocedores del Derecho, deben procurar que los derechos e intereses de su cliente prevalezcan. El cliente podrá cooperar en el desarrollo de su caso solo si está bien informado.

Este deber de informar implica, asimismo, que el abogado antes de contratar deberá comunicar si tiene algún interés particular en la situación, ya sea porque le conviene cierto resultado o porque tiene relaciones con las partes que podrían ver comprometido su correcto desempeño, o influir en la decisión del cliente respecto de la contratación.

Podemos inferir que el deber de informar del abogado se fundamenta o construye sobre la base de la naturaleza de entera confianza que tiene que existir en la relación profesional con su cliente.

De la confianza que impera, o debe imperar, en la relación del letrado y su cliente, se deriva también el denominado secreto profesional, el mismo que se constituye en otra importante obligación cuyo incumplimiento puede generar un supuesto de responsabilidad civil.

Con respecto al servicio profesional de asesoramiento, Ghersi[1896] afirma que el mismo obliga a todo abogado a cumplir una serie de deberes esenciales, como son:

- Encuadrar jurídicamente el caso, lo que implica establecer todas las posibles variables, de tal forma que el cliente se encuentre en conocimiento de las diferentes opciones con las que cuenta. De esta forma se enriquece su opción informada.

- Informar sobre el nivel de consecuencias directas o indirectas que cada encuadre puede, como efectos jurídicos, generar patrimonial y extrapatrimonialmente en el cliente.

- De ser posible, cuantificar económicamente, conforme a cada variable, las consecuencias, como situación de impacto en el patrimonio, o si existieran limitaciones respecto de este rubro, insistir en el cliente para que mediante la contratación de otro profesional idóneo, tenga el debido asesoramiento.

- Impedir que a través de su asesoramiento se le generen nuevas situaciones de daño moral o patrimonial exógenas al caso concreto consultado.

El propio Ghersi[1897] analiza los deberes que informan la actuación del abogado en el campo judicial. De esta manera resalta, primero, que la figura del patrocinio legal —si bien impone una suerte de tutoría legal como garantía científica para el hombre común— mantiene la toma de decisiones en el cliente, decisiones que deben generarse de acuerdo con un amplio nivel informativo técnico-jurídico del abogado. Por ende, el abogado debe:

- Informar —desde la perspectiva jurídica— las variables y consecuencias de la actuación judicial.

- Brindar dicha información a tiempo y constante de las alternativas por las cuales va atravesando el proceso judicial.

Como indica el mismo Ghersi:[1898]

[1896] Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998, tomo II, pp. 264 y 265.

[1897] Ghersi, Carlos Alberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 266.

[1898] *Ibidem,* tomo II, p. 267.

En cuanto al apoderamiento, el cliente delega con esta metodología su poder de decisión y la dirección técnico-científica —esto ya lo poseía el profesional para el patrocinio letrado obligatorio— en el abogado, que en reglas generales se regirá por la normativa del mandato, con las modificaciones contractuales que las partes deseen introducir, ya que son reglas disponibles.

La actuación del abogado en el pleito frente a terceros y a la justicia, en cuanto a sus consecuencias, es asumida por el cliente por efecto de la representación.

Los Tribunales españoles han determinado negativamente los alcances del deber de diligencia del abogado en su actuación judicial, aduciendo que se observa la falta del mismo en los siguientes casos, citados a modo de ejemplo:

- Cuando no realiza en tiempo oportuno los requerimientos necesarios para interrumpir la prescripción derivada de una acción por culpa extracontractual.
- Cuando no solicita la prórroga de una anotación preventiva en tiempo oportuno.
- Cuando comparece fuera de plazo ante el Tribunal Supremo, después de haber formulado recurso de casación.
- Cuando por negligencia no imparte las instrucciones adecuadas.
- Cuando no comparece a juicio, teniendo por desistido a su representado.
- Cuando pierde los documentos de su cliente, que probaban la realidad de una deuda que se pretendía reclamar con expectativas razonables de éxito.

Como podemos inferir, se destacan como errores profesionales aquellos que siendo de hecho o de derecho, implican el incumplimiento de un plazo o de la exigencia de vigilancia que se le impone al letrado, toda vez que ello es clara señal de una mala praxis.

Pero en la esencia de la función profesional está también la dimensión ética[1899] de su ejercicio, por medio de principios y normas que van dando pautas acerca de la buena praxis del abogado en su actuar.

El carácter de la ética como componente inseparable de la actuación profesional, ha sido aceptado a nivel jurisprudencial y doctrinal, ámbitos en los que se ha entendido que pese a que la ley constituye un mínimo capaz de hacer posible la sana convivencia de los hombres en sociedad, no será suficiente para estimar el buen desempeño profesional del abogado.

La ley no se conforma con la conducta de un abogado que se limite a no violentarla, porque lo requiere como colaborador activo muy confiable, comprometido con los valores que ella misma sustenta. Por eso es que se le exige un modo de ser y de comportarse cuyas características se plasman en la ética profesional, en cuya leal observancia cada servidor de la justicia crece desde la insuficiencia del mínimo legal hacia la infinitud del máximo a que apunta la vocación de servicio y la perfección personal de cada profesional del Derecho. Y precisamente la guía de este crecimiento es la ética profesional del abogado.

[1899] Véase, para tal efecto, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú el 26 de abril de 1997.

27.39.4. Fundamento de la responsabilidad contractual del abogado

Lo expuesto nos permite inferir, entre otros conceptos, que en cada situación o caso concreto, la relación de mutua confianza por la que se vinculan abogado y cliente, supone para el letrado la exigencia de un cumplimiento diligente y concienzudo de los deberes a su cargo.

Con respecto al fundamento de esta responsabilidad debemos señalar que son diversas las opiniones formuladas al respecto. En general se sostiene que la responsabilidad se funda en la falta de diligencia, predominando —de ese modo— la doctrina subjetiva de la culpa o dolo.

Los Mazeaud afirman, por ejemplo, que la obligación del abogado respecto a su cliente es una simple obligación de prudencia y diligencia.[1900]

Morello,[1901] por su parte, expresa interés en el hecho de que pese a los embates que la corriente de objetivar a las causas o fuentes determinantes de los daños ha llevado a cabo sin tregua en las últimas décadas, es en materia de responsabilidad profesional en la que el principio subjetivo de imputabilidad culposa, personal, del agente del daño encuentra sus más sólidas trincheras. Es que, como indica el citado autor, las particularidades intelectuales, técnicas, de arte o afines que se atribuyen al abogado, graduando con particulares expresiones ese obrar privativo, influyen de forma decisiva en el contenido, modo y metas de la prestación fundamental a su cargo.

En ese orden de ideas, el profesor argentino asevera que el desplazamiento de la culpa por la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado prometido será solo residual y de interpretación rigurosa

[1900] Citados por Andorno, Luis O. *Op. cit.*, p. 378.
[1901] Morello, Augusto Mario. *Op. cit.*, p. 620.

para supuestos en los que el examen de la negligencia, imprudencia, impericia, falta de conocimiento, diligencia o errónea, impropia, absurda exteriorización de lo actuado, lleve a esa marginación de lo subjetivo.[1902]

La carga probatoria dependerá de la naturaleza del contrato, sea este uno de obra, uno de locación de servicios o un simple contrato de mandato. De esta forma, si la relación contractual entre abogado y cliente se basa en la locación de servicios, las pautas a seguir con respecto a la responsabilidad serán las propias de este tipo de contratos. Nos remitimos, en consecuencia, a lo desarrollado respecto a responsabilidad por incumplimiento del contrato de mandato, de locación de servicios y de obra.

Joseph Revés Balleste[1903] se refiere a la culpa específica del abogado, como la conducta inadecuada al realizar una actuación concreta, englobando en dicha «categoría» a la impericia profesional y a la negligencia profesional, implicando la violación de la llamada *lex funtionis*. Asimismo ofrece las siguientes nociones:

- Impericia profesional: ineptitud o ignorancia al ejecutar el acto profesional por falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su técnica o ciencia.
- Negligencia profesional: presupone impericia, con un plus de culpa, la misma que radica en la torpeza o descuido inexcusable del abogado que adopta su acción u omisión en circunstancias extremadamente peligrosas e incluso temerarias y —por tanto— desde todo punto incompatible con el correcto ejercicio de la profesión.

[1902] *Idem.*
[1903] Revés Balleste, Joseph. «La Responsabilidad Civil del Abogado. *Cròniques Jurídiques-Civil Advocat*». En: http://www.juridica.com/ical/revista/canyeret7/n7_14.htm

- Error profesional: definido como el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, dará lugar a responsabilidad cuando sea a título de culpa, por derivar de un comportamiento omisivo o negligente, o revelar una impericia injustificada.

Mucho se ha discutido acerca de si se debe exigir un grado especial de culpa. Al respecto, la distinguida profesora francesa Genevieve Viney,[1904] ha señalado que resulta de aplicación para el caso de los abogados la conocida regla de que toda falta acarrea la responsabilidad de su autor, con independencia de su gravedad.

En igual dirección se pronuncia José de Aguiar,[1905] cuando expresa que la responsabilidad del abogado debe reconocerse incluso ante culpa leve. Aunque admite que ello no puede exagerarse al punto de constituir una traba al ejercicio de la profesión, como sin duda lo sería el establecer como criterio o pauta la exigencia de dones de infalibilidad y omnisciencia. Es preciso recordar que el contrato no impone al abogado la obligación de salir airoso en la causa, puesto que *lites habent sua sidera.*

Al margen de las consideraciones expuestas, el legislador peruano ha optado por un régimen especial en favor de quienes prestan servicios profesionales, admitiendo que la responsabilidad solo es atribuible si media dolo o culpa inexcusable.[1906] [1907]

[1904] Citada por Andorno, Luis O. *Op. cit.,* p. 475.

[1905] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.,* tomo II, p. 365.

[1906] La culpa grave, tal y como lo hemos desarrollado en capítulos anteriores, no se presume, por lo que el perjudicado debe probarla, de acuerdo con los criterios y pautas propias del contrato de mandato, de locación de obra o de servicio, según corresponda.

[1907] El Código Civil Peruano de 1984 establece, en su artículo 1762, que «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

En todo caso, la gravedad de la culpa deberá ser determinada, evaluada y valorada por el intérprete, para lo cual tendrá que recurrir —a entender nuestro— a un estándar. Dicho parámetro vendría a ser el actuar del modo en que otro profesional medianamente diligente lo haría en la misma especialidad.

La jurisprudencia estadounidense, siguiendo esa misma perspectiva, ha considerado negligente al abogado que en materia de conocimiento de la ley y de los procedimientos judiciales, ha ocasionado daños al cliente, por no ajustarse al estándar de conducta que un profesional de su categoría estaba obligado a observar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.[1908]

En cuanto a la valoración del daño, debemos indicar que, en principio, se siguen las normas generales de la responsabilidad civil. De esta manera, podemos afirmar, entre otros conceptos, que el daño o perjuicio puede ser tanto patrimonial como moral.

Además, debemos resaltar que la frustración de la probabilidad del éxito en el reclamo judicial intentado con motivo de la inadecuada actuación del letrado se debe medir, a fin de determinar el monto del resarcimiento, en función de la «*chance*» u oportunidad perdida.[1909] [1910]

[1908] Andorno, Luis O. *Op. cit.,* p. 488.

[1909] *Ibidem,* p. 493.

[1910] Básicamente son dos las posiciones principales que han sido elaboradas respecto a la cuantía de la indemnización (Mullerat Balmaña, Ramón M. «La responsabilidad civil del abogado». En: http://www.icas.es/vbs/files/larev_13_1.pdf.), a saber:

- Una posición resarcitoria según la cual el abogado debe responder económicamente resarciendo al cliente la totalidad de la pretensión frustrada en su actuación judicial o, lo que es igual, debe responder por el contenido económico de lo solicitado en su *petitum,* si se trata de una actuación judicial, o del resultado o negocio por su cliente, si se trata de una actuación no judicial y a consecuencia de la negligencia del abogado no se obtiene el objetivo económico perseguido por el cliente.

En lo que concierne a la determinación económica del daño, entonces debemos tomar como referencia las expectativas de derecho frustradas, observando, asimismo, cuál ha sido el error del letrado y cuánto ha influido en el resultado negativo para el cliente. El juez debe realizar una apreciación concreta en la medida de que la posibilidad perdida era cierta o hipotética sobre la base de las circunstancias del caso. Tal apreciación le permitirá concluir si era probable o no que de no mediar acto del responsable, el cliente habría ganado o evitado la pérdida. Así, por ejemplo, si la conducta del abogado ha impedido un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, habrá que observar el material probatorio para poder comprobar si la acción hubiera procedido mediando una adecuada y diligente conducta por parte del letrado.

27.39.5. Algunas consideraciones finales

Antes de concluir esta breve reseña solo nos queda reiterar que en esencia la responsabilidad del abogado no se aleja de las normas y

---

Esta postura es criticable, pues el resultado adverso no se circunscribe únicamente al actuar del abogado, sino que existen otros factores que también poseen relevancia y que se deben tomar en consideración al momento de evaluar la cuantía de la indemnización.

- Una posición reparadora, en la que se sostiene que no es posible sostener esta equivalencia, esto es que la negligencia profesional abogue siempre y en todo caso en que el monto de su responsabilidad se identifique exactamente con la pretensión, judicial o extrajudicial, en razón a que no es posible de antemano afirmar que, de no existir esta negligencia, hubiera tenido éxito la pretensión confiada por su cliente, tanto porque si lo es dentro del mundo judicial se entra de lleno en los terrenos de la probabilística contenciosa sobre si una eventual actuación diligente o *facere* no negligente hubiese terminado en un éxito estimatorio de la pretensión, e igualmente, por lo que respecta a una actuación extrajudicial, porque tampoco es posible anticipadamente afirmar que una diligente actuación hubiera podido convencer al otro u otros, o conseguir los postulados económicos confiados por el cliente.

Aunque cuestionada por un sector de la doctrina, esta última es la postura que ha alcanzado mayor respaldo.

principios generales que informan la responsabilidad civil como institución.

Dentro de tal orden de ideas, el abogado deberá responder frente a su cliente por la vía de la responsabilidad civil contractual, siempre que concurran los elementos configurativos de aquélla. Así, el cliente deberá haber sufrido un daño como consecuencia del incumplimiento contractual doloso o culposo por parte de su abogado.

Sin embargo, también es menester resaltar que la responsabilidad del abogado cuenta con una serie de matices, los mismos que permiten identificar ciertas dificultades particulares y un cierto carácter aleatorio que viene dado, por ejemplo, por lo multiforme del contrato que da origen a la relación con su cliente.

Las circunstancias especiales que enmarcan la relación abogado-cliente deben ser consideradas por el intérprete en su determinación, evaluación y calificación de los hechos.

Como dice Andorno:[1911]

> Dentro de tales pautas, los supuestos pueden variar en razón de las particularidades de cada uno de ellos, desde la mera posibilidad, tal vez remota, hasta la probabilidad más o menos cierta y fundada; debiendo valorarse a tal fin las constancias del proceso, la existencia de jurisprudencia y doctrina uniforme y pacífica a favor de la pretensión frustrada o en contra, la mayor o menor gravedad u originalidad de la cuestión promovida, etc.

27.40. Responsabilidad civil derivada de los profesionales en la construcción de una obra

El Código Civil de 1984 dedica algunos preceptos a la responsabilidad por ruina del edificio, sea ella parcial o total. Estas normas se en-

---

[1911] Andorno, Luis O. *Op. cit.*, p. 490.

cuentran vinculadas a la responsabilidad imputable a los profesionales de la construcción por los vicios que presente la obra como consecuencia de su actuar.

Claro está que la ruina total o parcial de la edificación no se configura como la única causal de imputación de responsabilidad. Como tendremos ocasión de verificar, son diversas las etapas que comprende la construcción de una obra, así como lo son también las variadas modalidades del ejercicio profesional y, por ende, las prestaciones a las que se encuentra obligado el constructor y cuyo incumplimiento —de producirse un daño y presentarse el factor de atribución— da lugar a su correlativo deber de indemnizar.

Las reglas que abordan este tema de manera expresa —y cuyo contenido examinaremos luego— se encuentran básicamente contenidas en los artículos 1777, 1782, 1783, 1784 y 1785 del Código Civil.

La interpretación de dichas normas no debe hacerse de modo aislado. Todo lo contrario, es preciso realizar una lectura sistemática que comprenda los preceptos generales del Libro de Derecho de Obligaciones, el de Fuentes de las Obligaciones y, por supuesto, los principios generales de la figura de la responsabilidad civil.

En igual sentido cabe recordar que la responsabilidad de los constructores se encuentra inmersa dentro del amplio campo de la denominada responsabilidad de los profesionales liberales. Por esta razón nuestro análisis no puede prescindir de la revisión de algunas de las principales nociones que se hallan vinculadas a esta materia.

Asimismo, la responsabilidad de los profesionales de la construcción requiere ser analizada teniendo en cuenta el interés público y social relativo a la seguridad, tanto de los contratantes como de terceros.

Partiendo de estas ideas básicas, en las próximas páginas vamos a definir, en principio, la naturaleza de la responsabilidad civil que se deriva de este supuesto, para luego enfocarnos en las implicancias de la misma.

27.40.1. Aspectos generales

27.40.1.1. Los profesionales de la construcción

Es necesario que dediquemos, al menos unas cuantas líneas, para delimitar el concepto de profesional de la construcción, a fin de determinar al protagonista del tema que nos atañe. Ello, sin embargo, no es tarea fácil, ya que el concepto genérico de profesional posee, en sí, un gran alcance.

Si acudimos al *Diccionario de la Real Academia* encontramos que «profesional» es toda aquella persona que ejerce una profesión. Del mismo modo, al buscar el término «profesión» hallamos que el mismo es definido como empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución.

Este concepto resulta, como podemos apreciar, excesivamente amplio. Más restringido, en cambio, es el concepto de «profesión liberal», que supone un trabajo que tiene cierto prestigio por su carácter intelectual o artístico y por la posición social que otorga a quien la ejerce.

Fernando de Trazegnies[1912] presenta el marco histórico en el que ha ido reformulándose el contenido de su definición.

[1912] De Trazegnies Granda, Fernando. *La evaporación de la responsabilidad profesional. Op. cit.*, pp. 77 y 78.

De esta manera, tenemos que la denominación de «profesión liberal» se remonta a la antigua Roma, en donde las actividades intelectuales correspondían a los hombres libres, mientras que los esclavos desempeñaban las actividades manuales. De esto se sigue que en su origen esta clasificación, hoy inaceptable, ligaba el término al intelecto.

También bajo esa perspectiva, en el siglo XIX las profesiones liberales eran vinculadas al ejercicio de la inteligencia, en tanto requerían una formación especializada, ejerciéndose habitualmente de forma independiente.

El mundo moderno trajo consigo importantes transformaciones, una de las cuales fue la democratización del saber que contribuye a la democratización del poder social. A grandes rasgos, podemos afirmar que el mundo moderno dio un lugar de privilegio al profesional liberal dentro de la sociedad. No obstante, la evolución no concluye en esta etapa.

No cabe duda de que en las últimas décadas la actividad profesional ha variado al punto que la conciencia de grupo, la asunción de valores, de símbolos y de ciertos ritos y estilos de vida, se están trastocando. Dos señales y, a su vez, causas claves de esto, son la aparición de las llamadas «carreras técnicas» y de las «paraprofesiones o profesiones medios».

Lo expuesto confirma la opinión de De Trazegnies, quien es tajante al señalar que «la categoría 'profesión liberal', por su carácter sociológico, está sujeta a cambios, tiene una historia determinada: los hechos sociales se definen por sus relaciones con su entorno y, por lo tanto, tienen un nacimiento dentro de determinadas circunstancias, una evolución cuando tales circunstancias evolucionan y también una muerte cuando esas circunstancias desaparecen totalmente».

A pesar de que el campo del ejercicio profesional se inclina, como hemos anotado, cada vez más a la indefinición y a la heterogeneidad,

en el Encuentro de Santa Fe[1913] se propuso un concepto amplio de profesional, en el que concurren algunos puntos distintivos de su desempeño y en el que destaca la prescindibilidad del título profesional universitario. Dichos puntos o caracteres son los que siguen:

- Habitualidad.
- Reglamentación.
- Habilitación previa, conforme a ley.
- Presunción de onerosidad.
- Autonomía técnica.
- Sujeción a colegiación, en los casos que fuera necesario o pertinente.
- Sometimiento a normas éticas.
- Sometimiento a potestades disciplinarias.

Tras esta breve revisión que nos sirve de marco, planteamos, para efectos del presente tema, considerar dentro de la categoría de profesionales de la construcción a todos aquellos sujetos que en virtud de sus conocimientos técnico-profesionales estén encargados de la construcción de una obra, participando en todas sus etapas, en una sola, o en algunas de estas. Así, dentro de este espectro cabe mencionar a los arquitectos, a los ingenieros y, en general, a los promotores, constructores y técnicos.

[1913] Woolcott Oyague, Olenka. *La responsabilidad civil de los profesionales.* Lima: ARA, 2002, pp. 144 y 145.

Pasemos ahora a analizar la naturaleza de la responsabilidad que se puede imputar a los mencionados profesionales por los defectos en la construcción de sus obras.

27.40.1.2. Naturaleza de la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción

Tal como hemos venido observando a lo largo de nuestro tratado, muchas veces resulta sumamente complejo apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, esto es, si el mismo tiene la condición jurídica de deudor o de victimario. La línea que separa ambas clases de responsabilidad no siempre es nítida; no obstante, resulta de especial importancia elaborar la distinción, en la medida que las consecuencias jurídicas que se derivan de ambas son muy diferentes, en tanto regulan supuestos que, en estricto, también son diversos.

A grandes rasgos, podemos decir que, mientras la responsabilidad contractual se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad, la responsabilidad delictual se presenta por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por ende, obliga a reparar.

En el supuesto que nos ocupa, es decir, la responsabilidad civil derivada de la actuación de los profesionales de la construcción, estas dificultades —en cuanto a la calificación o determinación de la figura— no son menos relevantes.

Al respecto, Carvalho Santos[1914] sostiene que la responsabilidad de los constructores es siempre extracontractual, presentando para ello una doble argumentación.

[1914] De Aguiar Dias, José. *Tratado de la responsabilidad civil. Op. cit.*, tomo I, p. 396.

Por un lado, llama a la consideración del orden público afirmando que «En verdad, todos los ciudadanos están interesados en la construcción de edificios y obras, con los cuales vienen a tener contacto por fuerza de las circunstancias, pues sólo así se evitarán accidentes irreparables».[1915]

Por otro lado, el citado profesor señala, como segundo argumento, que el constructor debe conocer las reglas de su arte y poseer conocimientos técnicos especiales sobre construcciones.

Sin duda, Carvalho Santos no se equivoca al subrayar que la seguridad y la solidez de las obras son materia de orden público. Asimismo, tampoco yerra al resaltar que el profesional se encuentra obligado a aportar los conocimientos técnicos de su oficio como deber implícito y esencial del ejercicio de su profesión. Sin embargo, aquello no explica el carácter extracontractual de la responsabilidad de los constructores.

Efectivamente, los planteamientos elaborados por el mencionado autor no aportan, en realidad, el desconocimiento de la responsabilidad contractual o el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual, según se quiera ver.

Nosotros, por otra parte, no podemos sino sostener que la naturaleza de la responsabilidad de los profesionales de la construcción por daños derivados de su actuar, debe ser analizada desde dos perspectivas diferentes, por cuanto es factible que se establezcan dos tipos de relaciones jurídicas.

Así, la responsabilidad será, en la gran mayoría de casos,[1916] contractual, si la misma emana de la relación entre el propietario o clien-

[1915] *Idem.*

[1916] La expresión «en la gran mayoría de casos» se explica en tanto existen hipótesis extracontractuales de la relación jurídica profesional, a saber:

te y el constructor; mientras que será extracontractual si deriva de los daños sufridos por terceros con los cuales el constructor no tiene vínculo contractual.

27.40.2. Responsabilidad contractual

27.40.2.1. Naturaleza del contrato profesional

Antes de analizar en estricto la responsabilidad contractual de los constructores, es menester repasar las principales teorías que explican la compleja relación entre el profesional y su cliente.

Sobre el particular encontramos que, pese a que la doctrina ha acogido como tesis predominante la naturaleza contractual de la responsabilidad de los profesionales para la mayoría de supuestos —salvo las excepciones anotadas—, no existe acuerdo respecto a la naturaleza del contrato que genera la relación entre el profesional y su cliente.

La doctrina ha elaborado diversas teorías que intentan explicar la naturaleza del contrato profesional. Olenka Woolcott[1917] comenta las principales tesis que, en términos generales, son las siguientes:

- *Teoría del mandato*

Este primer intento data de la antigua Roma en la que se asimilaba al profesional a un mandatario de su cliente, punto de partida que

- Cuando el servicio se presta sin requerimiento del favorecido.
- Contra la voluntad presunta del beneficiario.
- Si la intervención del profesional obedece a un imperativo legal.
- Actos realizados como etapas previas a la celebración de un contrato.
- Daño producido en materia ajena a la prestación contratada.
- Daños cometidos por un profesional subordinado.

[1917] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, pp. 163 y ss.

hace a esta postura criticable, por cuanto resulta obvio que la función que asume el mandatario difiere en esencia de la del profesional que, solo en determinados supuestos, es un representante de su cliente.

- *Teoría de la locación de servicios*

Esta posición, propia del Derecho alemán, ha tenido gran aceptación en muchas legislaciones, entre las que se incluye la nuestra. Los seguidores de esta tesis destacan, como eje de la misma, dos elementos que determinan en esencia el ejercicio de una actividad profesional y que encuadran el contrato de locación de servicios. Por un lado, la independencia en la prestación del servicio, y, por otro, que el objetivo que se persigue es la actividad desplegada por el profesional.

El problema de esta teoría es que olvida que no todos los servicios prestados por profesionales tienen que ser autónomos. Si bien la discrecionalidad técnica es un rasgo que caracteriza la actividad profesional, ella no implica, necesariamente, independencia jurídica. La prestación de servicios de un profesional puede darse perfectamente dentro de una relación laboral.

- *Teoría del contrato de obra*

Contemplada principalmente por el Derecho francés, esta teoría plantea que la relación entre el profesional y su cliente debe regularse por las normas propias del contrato de obra, así como por los usos y reglamentos de esta figura. Los que se adhieren a esta doctrina lo hacen sosteniendo que la prestación a la que se obliga el principal para con su cliente, consiste en un resultado y no en un servicio. Asimismo, argumentan que el profesional ejecuta su prestación sin relación de subordinación alguna. Agregan, además, el carácter oneroso de la institución.

Al igual que en el caso anterior, esto es en la tesis del contrato de locación de servicios, esta postura no abarca todas las formas que la prestación profesional puede adoptar. Si bien hay supuestos en los que la prestación concluye en un dar, ello no implica que la prestación no pueda consistir en un hacer, como de hecho ocurre en numerosos supuestos.

- *Teoría del contrato multiforme*

Enunciada por Mosset Iturraspe, esta tesis considera que los servicios profesionales asumen algunas veces el carácter de locación de servicios, otras de locación de obra, otras de mandato, etc. De allí que se señale que se trata de un contrato variable o multiforme. En consecuencia, debe analizarse el contenido de la relación jurídica para encuadrar a cada una en su contrato pertinente, sin intentar una codificación unificada de todas las variedades de relaciones de prestación de servicios que tengan como origen el ejercicio profesional.

Esta posición, sin duda más flexible que las anteriores y, por consiguiente, más realista, es criticada por Borda en la medida que pese a no encuadrar la relación profesional-cliente en una sola figura, sí la encuadra dentro de los moldes de los contratos típicos tradicionales.

- *Teoría del contrato atípico o innominado*[1918]

Tanto Borda como Puig Brutau y Woolcott coinciden en señalar que en cuanto que al contrato de servicios profesionales no se le aplican íntegramente las normas que regulan los contratos tipificados por

[1918] Esta teoría puede vincularse al amplio margen que deja abierto —en el título relativo a prestación de servicios— el artículo 1757 de nuestro Código Civil, cuando establece que: «Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des».

el Código Civil —porque no lo admite así la propia naturaleza de la relación jurídica que se genera—, carece de sentido, entonces, encasillarla en determinada figura contractual como ha sido la tendencia tradicional.[1919]

Debemos admitir que de las teorías esbozadas son las dos últimas aquellas que nos resultan más atractivas. Las tres primeras yerran en su intento de reducir todas las posibles modalidades a través de las cuales un profesional puede brindar sus servicios, a una única figura contractual. El campo de la actividad profesional es demasiado extenso y complejo como para ser encasillado de esa manera.

Esa misma complejidad nos lleva a aceptar la validez tanto de la tesis del contrato multiforme, como la del contrato atípico. Creemos que ambas son viables dependiendo de la situación concreta que se presente y que sirva de contexto a la relación contractual que se establezca entre el profesional y su cliente. En ocasiones tomará la forma de alguna de las figuras contractuales previstas en el título correspondiente a la prestación de servicios; otras veces, combinará elementos de varias figuras y será, por tanto, un contrato atípico.

Lo cierto es que nuestra legislación no regula de manera específica el contrato de prestación de servicios profesionales, por lo que, repetimos, se tendrá que analizar cada supuesto para determinar la normatividad jurídica aplicable.

27.40.2.2. Responsabilidad contractual de los constructores: el contrato de obra

Como hemos sostenido, la responsabilidad civil en la que puede incurrir un profesional de la construcción no solo es pasible de confi-

[1919] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, p. 202.

gurarse en los supuestos específicos que se encuentran dentro del contrato de locación de obra.

El contrato que celebra un profesional con su cliente, contrato de prestación profesional, podría tener características atípicas y participar de caracteres propios de varios contratos. Ante la configuración de un supuesto que pueda ser considerado atributivo de responsabilidad, se deberá analizar si contamos con elementos constitutivos ya sea de locación de obra, sea de locación de servicios, sea del mandato, puesto que se encuentra latente la posibilidad de que contenga elementos de más de una de estas figuras.[1920]

Sin perjuicio de lo expresado, vamos a centrar nuestro análisis en el incumplimiento de un contrato de obra, que es la figura que normalmente da origen a la denominada responsabilidad decenal de los profesionales de la construcción. Recordemos el texto del artículo 1771 del Código Civil Peruano de 1984:

> Artículo 1771.- «Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada, y el comitente a pagarle una retribución».

Como afirma Szafir:[1921]

> En efecto, el comitente celebra con el arquitecto, ingeniero o constructor, según los casos, un contrato de arrendamiento de obra que será fuente de obligaciones sinalagmáticas, con función de cambio (intercambio de una realización humana por una suma de dinero), entendida, dicha función, como vinculada a la idea de causa en su triple consideración de finalidad, función y justificación de la alteración patrimonial [...].

[1920] Ghersi, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional. Op. cit.*, vol. 4, p. 5.

[1921] Szafir, Dora. «La responsabilidad de los profesionales de la construcción». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 600.

> El haz obligacional emergente del contrato de construcción reviste particular importancia a la hora de determinar el incumplimiento como fuente de reparación de los perjuicios.

Las obligaciones a las que se sujeta el constructor o contratista, con la celebración de este contrato, son de hacer que concluyen en un dar, mientras el comitente se obliga al pago de una contraprestación que, en la generalidad de los casos, responde a una suma de dinero.

En vista que desde su concepción tradicional, el cumplimiento es considerado como la proyección de la prestación, esto es, la realización de la prestación debida, el cumplimiento se define como el hecho jurídico que provoca la extinción voluntaria de la obligación.[1922]

Para hablar del cumplimiento del constructor respecto de sus obligaciones contractuales y su significado frente a la responsabilidad civil, es preciso, primero, determinar cuál es el contenido de la relación contractual. Sobre el particular, compartimos la tesis de Olenka Woolcott, quien afirma que la relación contractual no se conforma solo con lo que las partes hayan establecido de modo expreso, sino que abarca las normas dispositivas que suplen lo no previsto, así como las normas de orden público que integran la relación, cuando ello es pertinente:

27.40.2.2.1. Obligaciones accesorias del contrato de obra

Además de las normas dispositivas o de orden público que pueden llegar a formar parte de la relación que se establece en virtud del contrato de obra, este debe ser interpretado sobre la base del artículo 1362 del Código Civil, precepto en el que se establece el principio de

[1922] Hernández Gil, Antonio. *Derecho de las Obligaciones*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid: Editorial CEURA, 1983, p. 199.

la buena fe que debe regir tanto en la negociación, como en la celebración y en la ejecución de dicho acto jurídico.[1923]

Las obligaciones del profesional de la construcción que se derivan, entonces, de la buena fe, son fundamentalmente dos: la obligación de conocimiento y la obligación de información.

La obligación de conocimiento consiste en que el referido profesional debe poseer un conocimiento adecuado y específico de su actividad, lo que supone una garantía para el cliente y extiende el campo de la definición del exacto cumplimiento. El constructor debe ejecutar su prestación dentro de los parámetros que le impone su *lex artis*.

Así, la relación entre deber de conocimiento y responsabilidad es mediada por la noción de diligencia. Pesa sobre el sujeto un deber de conocimiento que se fundamenta en la situación objetiva de cognoscibilidad y en la lesión potencial de intereses ajenos, reduciéndose la imputación de responsabilidad cada vez que se puede demostrar haber hecho correcto uso de la diligencia, es decir, de haber puesto en juego una actividad cognoscitiva diligente.[1924]

Por su parte, la obligación de información consiste en que en tanto el profesional posee los conocimientos específicos que le permiten una adecuada valoración de las circunstancias y riesgos que pueden presentarse, así como la solución que a estos pueden darse, se encuentra en el deber de comunicar todo aquello al cliente. El objetivo es otorgar a este último la posibilidad de manifestar un asentimiento libre de vicios, de modo que sus intereses sean resguardados.

[1923] Artículo 1362.- «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

[1924] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, pp. 428 y 429.

De lo anterior se infiere que esta obligación es también un límite para la valuación del cumplimiento del profesional.

A decir de Olenka Woolcott,[1925]

> Lo que se trata pues, es de no restringir la relación contractual, digamos obligatoria, al mero deber de prestación, sino entenderla en toda su extensión o complejidad, de lo cual resultará que el profesional, en algunos casos, podrá invocar que ejecutó la prestación debida y, sin embargo, el cliente podrá acreditar que se incumplió con algún deber accesorio a ella, causándole daño y, como consecuencia de dicha violación, deberá responder dentro del ámbito contractual, superándose de esta manera el pase artificial y sin sentido a la extracontractualidad.

27.40.2.2.2. Obligaciones principales de los constructores[1926]

Pese a que, en general, las obligaciones del constructor están determinadas por lo pactado en el contrato celebrado entre este y su cliente, es factible señalar —de manera genérica— las principales prestaciones a las que se ha comprometido dicho profesional. Con tal objetivo debemos, en primer lugar, expresar que la realización de una obra comprende distintas etapas que involucran, asimismo, diferentes deberes que el o los constructores tienen que cumplir. La intervención profe-

---

[1925] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, p. 453.

[1926] El Código Civil Peruano de 1984, al respecto dispone lo siguiente:
Artículo 1774.- «El contratista está obligado:
1. A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre.
2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.
3. A pagar los materiales que reciba, si éstos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra».

Artículo 1775.- «El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente».

sional de un sujeto puede darse antes, durante o después de la realización de la obra.

La etapa del proyecto constituye el punto de partida para la construcción de la obra; supone la elaboración intelectual de esta. El profesional encargado tiene, por tanto, que recopilar los datos necesarios con los cuales pueda confeccionar el proyecto, es decir, «el conjunto de elementos gráficos y escritos que definen con precisión el carácter y finalidad de la obra y permiten ejecutarla bajo la dirección de un profesional».[1927]

El profesional, en consecuencia, debe realizar el proyecto conforme a lo solicitado por el cliente y los recursos económicos con que este cuenta. Además, debe requerir la información necesaria y advertir a su comitente de los resultados de su evaluación, lo que supone una revisión de los datos proporcionados por el cliente, así como el examen del entorno, su conformidad topográfica, etc.

Luego tenemos la etapa de dirección de la obra.

El profesional encargado de esta etapa no es, necesariamente, el mismo que elaboró los planos y documentos técnicos. Su función es lograr la concreción de lo plasmado en el proyecto, para lo cual debe controlar la fiel interpretación de este.

Se encuentra, consecuentemente, obligado a vigilar, inspeccionar y dirigir los trabajos que se realizan para la ejecución de la obra.

A ello hay que agregar que son los encargados de custodiar y conservar las cosas del cliente que le fueron confiadas. Si se trata de una edificación nueva no hay duda que el riesgo lo corre el constructor, pues él tiene la guarda de la cosa. Si, en cambio, se está frente a una

[1927] GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional. Op. cit.*, vol. 4, p. 7.

obra de refacción, pero el inmueble continúa ocupado, se discute quién tiene la guarda de la cosa, con las consecuencias jurídicas que esta circunstancia genera por los daños que se puedan causar a vecinos o terceros en general, lo cual se tendrá que analizar caso por caso.[1928]

La etapa final es, básicamente, una de inspecciones y verificaciones. En ella la obligación principal del profesional será la de realizar un análisis de cada sistema a habilitar, como los de electricidad, agua, gas, etc.

No podemos dejar de mencionar lo concerniente a la entrega de la obra,[1929] por cuanto representa un factor relevante dentro de la valuación de la responsabilidad y de las medidas que puede tomar el cliente.

[1928] GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad profesional. Op. cit.*, vol. 4, p. 15.

[1929] Los artículos pertinentes de nuestro Código Civil son los que siguen:
Artículo 1777.- «El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que el contratista se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.
Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra».
Artículo 1778.- «El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada».
Artículo 1779.- «Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación».
Artículo 1780.- «Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente, a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Todo pacto distinto es nulo.
Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408».

Como ya hemos anotado, la obligación de hacer de los profesionales suele concluir en un dar que tiene incidencia en materia de responsabilidad, por cuanto la demora puede ocasionar daños y perjuicios al comitente.

27.40.2.3. Elementos constitutivos de la responsabilidad contractual

Teniendo como marco lo desarrollado hasta este momento, pasemos ahora a revisar la manera en que se configura la responsabilidad contractual de los profesionales de la construcción.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, se requiere —siempre bajo la premisa de que existe un contrato de por medio— que concurran tres elementos:

- La inejecución o incumplimiento de la obligación.

Artículo 1781.- «El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada.
El pago hace presumir la aceptación de la parte de la obra realizada.
No produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida».
Artículo 1782.- «El contratista está obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra.
La recepción de la obra, sin reserva del comitente, descarga de responsabilidad al contratista por las diversidades y los vicios exteriores de ésta».
Artículo 1783.- «El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño.
Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios.
El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada (sic) la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra».

- La imputabilidad del deudor.
- El daño.

27.40.2.3.1. La inejecución de la obligación (elemento objetivo)

Ella supone que el deudor incumple su obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.

Corresponde al juez apreciar, en cada caso, la presencia de este elemento, toda vez que es al acreedor —cliente o comitente— a quien le compete demostrar la existencia de la obligación.

Como ya hemos indicado, el conjunto de obligaciones del profesional de la construcción comprende tanto las que emanan del principio de la buena fe, como las que se derivan directamente del contrato de obra. De la misma manera, las obligaciones a las que se ha comprometido se encuentran ligadas a la etapa de elaboración de la obra en la que participa dicho profesional, toda vez que sus funciones están determinadas por ese factor.

Recordemos además, sobre este tema, que al tratarse de obligaciones de hacer, las normas generales del Libro de Obligaciones pueden ser aplicadas, de modo que el cliente tiene a su alcance, ante la eventual inejecución, las medidas reguladas en los artículos 1148 y 1157 del propio Código.

Ahora bien, para ser más precisos resulta adecuado desarrollar este punto partiendo de distinguir el cumplimiento total o parcial de la obligación y el cumplimiento defectuoso.

El incumplimiento total o parcial de la prestación implica una omisión que afecta centralmente la prestación pactada y hace que esta no se produzca. La comprobación en estos casos es bastante sen-

cilla, pues basta con comparar el contrato con la realidad para verificar si la prestación ha sido cumplida o no.[1930]

En consecuencia, habrá incumplimiento total si, por ejemplo, el arquitecto encargado de la elaboración de los planos y los documentos técnicos no cumple con ello en el plazo y modo pactados. Habrá incumplimiento parcial si el arquitecto al que se le ha encomendado la elaboración de los planos y la dirección técnica de la obra solo cumple con la primera de las prestaciones.

Por su parte, en el incumplimiento defectuoso, la prestación sí se lleva a cabo, aunque no se ejecuta adecuadamente. Hay cumplimiento defectuoso cuando el ingeniero entrega al propietario una casa cuyas estructuras no corresponden a lo previsto en el plano[1931] respectivo y, por consiguiente, no soportan un ligero temblor de tierra.[1932]

Se trata, entonces, de la recepción de una obra terminada en apariencia, pero que presenta vicios. Frente a esta eventualidad, el comitente puede asumir distintas actitudes.[1933] Puede aceptar la construcción y pedir la reducción de la contraprestación o la rectificación de la misma; puede optar, por otro lado, por rechazarla y resolver el contrato, o solicitar su destrucción si lo perjudica. Todo, dejando abierta la posibilidad de demandar una indemnización por daños y perjuicios.

[1930] De Trazegnies Granda, Fernando. *La evaporación de la responsabilidad profesional. Op. cit.*, p. 57.

[1931] Si, en cambio, la obra quedó más perfecta, aunque no haya obedecido fielmente a los planos dados o a las instrucciones impartidas, no hay razón para que el comitente la rechace, si el constructor no le exige una remuneración mayor a la acordada.

[1932] De Trazegnies Granda, Fernando. *La evaporación de la responsabilidad profesional. Op. cit.*, p. 57.

[1933] Szafir, Dora. «La responsabilidad de los profesionales de la construcción». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 603.

Como es obvio, la prueba en estos supuestos es más compleja que en el simple incumplimiento. Los criterios que deben tomarse en cuenta no se hallan, por lo general, definidos.

Un modo de evaluación es sobre la base de los vicios que presente la obra, conforme a lo previsto por el artículo 1783 del Código Civil antes trascrito, que de forma genérica pueden clasificarse en vicios del suelo, vicios de la dirección y vicios de la construcción; los que, a su vez, pueden clasificarse en vicios de proyecto, vicios de dirección técnica o vicios de ejecución material.

Finalmente, tenemos el caso del incumplimiento temporal.

Según refiere Fernando de Trazegnies,[1934]

> El ingeniero que entrega la casa tres meses después de lo pactado, responde por los daños que ello causa al propietario, quien ha tenido que alojarse en un hotel durante ese lapso adicional. En este tipo de situaciones, el retraso es fácilmente comprobable si se pactó claramente en el contrato la oportunidad en que debía celebrarse la prestación. Los problemas que se presentan para exigir la responsabilidad se refieren más bien a las justificaciones que puede presentar el obligado respecto del retraso o a la probanza de que los daños fueron efectivamente causados por el retraso y no por otras circunstancias.

No debemos olvidar, asimismo, que en nuestro Derecho Civil la mora, por regla general, no es automática sino que requiere de intimación.

27.40.2.3.2. La imputabilidad del constructor (elemento subjetivo)

En la doctrina argentina y en la doctrina uruguaya se ha admitido

---

[1934] De Trazegnies Granda, Fernando. *La evaporación de la responsabilidad profesional. Op. cit.*, p. 58.

que los profesionales de la construcción asumen obligaciones «de resultado», por lo que el factor de atribución es objetivo.

Como hemos afirmado en más de una oportunidad, nosotros no compartimos la posición de quienes, siguiendo a Demogue, clasifican a las obligaciones en obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Si percibimos al medio como algo independiente del resultado, no hacemos sino llegar a un absurdo, esto es, a sostener que una prestación se cumple o ejecuta (medio), pero no se paga (ausencia de resultado).

No se trata de clasificar a las obligaciones según sean de medios o de resultados. Las obligaciones simplemente son de dar, de hacer o de no hacer. En todo caso, lo que debe analizarse en este punto es el sistema de responsabilidad que se aplica a los profesionales de la construcción.

Olenka Woolcott anota, con acierto, que conforme se puede observar en el Derecho argentino, «la responsabilidad por daños del profesional en sentido amplio, se encuentra normalmente sujeta a un criterio objetivo de imputación. Sin embargo, esa tendencia propia del derecho moderno, no puede ser aplicada en las mismas proporciones a los denominados profesionales liberales, respecto de los cuales aquello debe ser matizado y adecuado a las características inherentes a su actividad. Sería excesivo imponerles en todo caso una responsabilidad objetiva por el daño ocasionado por el incumplimiento de determinada obligación, sin darles la posibilidad de descargar su culpa, puesto que median razones suficientes que justifican el particular tratamiento [...]».[1935]

[1935] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, p. 149.

Coincidimos con Olenka Woolcott en cuanto consideramos que no todo ejercicio profesional debe implicar la imputación de responsabilidad civil sobre la base del sistema objetivo, el mismo que, como sabemos, no ha sido adoptado por nuestro Código. Nuestro Sistema Jurídico ha tomado como pilares la teoría clásica y la teoría del riesgo creado, mas no la objetiva.

Yendo más lejos, podemos apreciar que las normas pertinentes de nuestro Código Civil disponen como factor de atribución de la responsabilidad contractual al dolo o la culpa. La ausencia de culpa exonera de responsabilidad, además, por supuesto, de la ausencia de los otros elementos constitutivos de la misma, o la presencia de causales de exoneración.

Así tenemos que —a diferencia de lo que ocurre en sistemas jurídicos como el argentino o el uruguayo— nuestro ordenamiento legal no opta por el sistema objetivo. Por el contrario, toma como factor de atribución de la responsabilidad civil contractual la culpa o el dolo. Incluso, para algunos supuestos relacionados con la prestación de servicios profesionales, proporciona una situación de ventaja, tal como lo establece el artículo 1762 del Código nacional.

> Artículo 1762.- «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

Si partimos del hecho que el sistema peruano presume, en caso de inejecución de la obligación, la culpa leve del deudor, esta ventaja se hace evidente. Recordemos que el Código Civil señala en su artículo 1329 que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Esta presunción es *iuris tantum,* por lo que el deudor (constructor) puede exonerarse probando su inculpabilidad; mientras el acree-

dor (cliente) puede agravar la responsabilidad del deudor, probando la inejecución por dolo o culpa inexcusable.

Según expresa Olenka Woolcott,[1936]

> Así, el profesional aparentemente se coloca por encima del riesgo económico que implica la eventual producción de daños al cliente al limitar la responsabilidad de su autor cuando surgen problemas de especial dificultad. Conforme puede desprenderse de la norma citada, el riesgo resulta soportado por el propio cliente ya que deberá pagar la contraprestación y, en su caso, soportar los daños generados por el acto profesional en tanto no demuestre el dolo o la culpa inexcusable del profesional.

Podemos inferir, en consecuencia, que la responsabilidad de los profesionales de la construcción se inserta, en nuestra legislación, dentro del sistema subjetivo, no bastando en todos los casos la culpa leve.

Esto se ve reforzado con lo dispuesto por el artículo 1785 del mismo cuerpo legislativo, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1785.- «No existe responsabilidad del contratista en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente».

Queda claro, entonces, que será necesario analizar la actividad profesional teniendo en cuenta las reglas del arte, los deberes de prudencia y diligencia, y fundamentalmente presumir la existencia de

[1936] Woolcott Oyague, Olenka. *Op. cit.*, p. 149.

culpa ante la existencia de vicios o ante el incumplimiento; culpa que, en principio, se presume leve, aunque cabe la prueba en contrario. Igualmente, no puede dejarse de lado la conexión que debe existir entre el dolo o la culpa y el daño causado.

27.40.2.3.3. El daño

Para que exista un daño contractual resarcible no es suficiente con que se incumpla una obligación y que esta inejecución sea imputable al constructor. El incumplimiento debe producir un perjuicio en el cliente o comitente.

El artículo 1331 del Código Civil establece sobre el particular que la prueba de los daños y perjuicios, así como su cuantía, corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Solo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Tal principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de causa-efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que el constructor dio origen.

Ahora bien, si se configura la responsabilidad del constructor, este tendrá la obligación de indemnizar al comitente, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1784 del Código Civil, del texto siguiente:

> Artículo 1784.- «Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicios de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

> El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.
>
> El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo».

Dicha norma parte del supuesto de que la obra ya fue entregada, y posteriormente se presentan problemas que hacen presumir —presunción *iuris tantum,* como lo confirman los artículos 1762 y 1785— la responsabilidad del constructor, abarcando diversas situaciones.

El precepto dispone, además, que la acción contra el constructor puede ser interpuesta por el propietario o comitente, o por sus herederos. De igual manera, se establecen plazos que buscan brindar seguridad jurídica.

27.40.3. Responsabilidad extracontractual

Luego de haber revisado los principales aspectos de la responsabilidad contractual a la que pueden estar sujetos estos profesionales, estudiaremos algunos temas relativos a la responsabilidad extracontractual que se les podría imputar.

La responsabilidad aquiliana de los profesionales de la construcción se genera cuando la ruina del edificio afecta a terceros no contratantes. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir con relación al propietario del inmueble, a la cual no le brindaremos mayor atención, en la medida que tiene su origen en situaciones insólitas.[1937]

[1937] Véase pie de página 1916.

El artículo 1980 del Código Civil señala que el dueño del edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido de falta de conservación o de construcción. De esta norma se desprende claramente que el tercero afectado puede demandar al propietario del inmueble cuya caída le haya producido un daño.

Asimismo, el artículo 1784 faculta al propietario —que ha sido obligado a indemnizar al tercero afectado por la caída de la edificación— a repetir contra el contratista, conforme hemos observado al analizar la citada norma.

En lo que respecta específicamente a la responsabilidad extracontractual, es interesante destacar lo sostenido por De Trazegnies:[1938]

> La víctima podría también demandar directamente al constructor. Ciertamente, tal demanda no podría estar fundada en el artículo 1784: no ha habido relación contractual entre el constructor y la víctima. Pero la demanda podría ampararse en el artículo 1969; y quizá incluso en el artículo 1970, en razón de un riesgo de empresa de la actividad de construcción. De esta manera, tanto el propietario como el constructor serían responsables solidariamente frente a la víctima (artículo 1983).

No coincidimos totalmente con el citado jurista, en tanto que —siguiendo la misma línea de pensamiento con la que analizamos la responsabilidad contractual de estos profesionales— optamos por sostener que el factor de atribución es la culpa o el dolo. Descartamos, por ende, la aplicación del artículo 1970.

Así, para que se configure la responsabilidad extracontractual de los constructores con relación a terceros, es necesario que concurran los elementos constitutivos de aquélla.

[1938] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.,* tomo I. p. 483.

27.40.4. Sujetos responsables

Es común que el comitente celebre no uno, sino diversos contratos con miras a la realización de una obra. Podrá contratar con un profesional que se encargue de uno o de varios aspectos correspondientes a alguna de las etapas de elaboración del trabajo, o, de preferirlo, contratar con un único constructor —sea una persona natural o una persona jurídica— para que este se haga cargo del todo.

De esta forma, observamos que el cliente, en ejercicio de su autonomía privada, puede elegir por encargar la edificación a un único sujeto en su totalidad, o por efectuar contrataciones parciales con personas que asuman partes de la obra. En estos supuestos, será preciso discriminar la responsabilidad de cada interviniente según la naturaleza del vicio y su participación en la obra.[1939]

En efecto, por cuanto la realización de una obra comprende diferentes etapas que encierran distintas tareas, es muy frecuente que se presenten supuestos de sucesión de profesionales, generándose conflicto cuando fuere necesario definir el origen del daño.

Siguiendo esta idea, tenemos que, de mediar la participación de distintos sujetos con los cuales el comitente ha contratado de manera independiente, de producirse un daño como consecuencia de la actividad de alguno de ellos, podría ocurrir lo siguiente:[1940]

- Que se pueda determinar a cual de los sujetos corresponde la imputación de la responsabilidad, en la medida que, como acabamos de mencionar, se logre determinar la procedencia del vicio.

[1939] Szafir, Dora. *Op. cit.*, p. 605.
[1940] *Idem.*

- Que las funciones de los sujetos se superpongan, en cuyo caso, si la incidencia causal es determinable, los agentes responderán proporcionalmente. Si, por el contrario, no es factible establecer la participación causal, se tendrá que optar entre dos soluciones:[1941]

  - Entender que los sujetos responden por partes iguales.
  - Considerar que ambas conductas son idóneas para producir el resultado dañoso, por lo que los sujetos responden *in solidum.*

Respecto al contrato celebrado con una empresa constructora, rescatamos los comentarios de José de Aguiar Dias:[1942]

> Las empresas constructoras, muchas veces de entera propiedad de personas extrañas a la profesión, contratan, para la elaboración de planos, fiscalización u orientación de los trabajos, y aun para el cumplimiento de las disposiciones legales, que exigen la dirección técnica en el arte de construir, a técnicos que obran como sus subordinados.
>
> La responsabilidad por los daños causados a los dueños de las obras o a terceros es solidaria. Es claro que el perjudicado preferirá siempre accionar contra la empresa, por las posibilidades económicas que ofrece. El caso es de responsabilidad contractual por otro, y ofrece el curioso aspecto de hacer responder a título profesional a quien no tiene habilitación para ejercer la profesión, como sucede generalmente en casos de ese género.

[1941] El Código Civil de 1984 establece en su artículo 1983, lo siguiente:
Artículo 1983.- «Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales».
[1942] De Aguiar Dias, José. *Tratado de la responsabilidad civil. Op. cit.*, tomo I, p. 406.

Lo expuesto también se aplica para los supuestos en que la víctima del daño sea un tercero, situación en que la responsabilidad será extracontractual y el agente causante tendrá que responder tal y como lo hemos expuesto en el punto anterior.

27.40.5. A modo de síntesis

La responsabilidad civil derivada de la actuación de los profesionales de la construcción puede abarcar tanto el ámbito contractual como el extracontractual, según el caso que haya dado origen al perjuicio que se exige sea reparado.

Cuando nos centramos en la relación entre el constructor y el propietario de la obra, generalmente nos ubicamos dentro de una relación contractual y, por ende, la responsabilidad imputable es la contractual. Esto no impide, sin embargo, que en determinadas circunstancias pueda establecerse una relación de hecho entre estos sujetos y que, en definitiva, de ser el caso, la responsabilidad imputable sea extracontractual.

Por el contrario, si atendemos a la vinculación entre estos profesionales y terceros no contratantes, la responsabilidad que puede emanar solo podrá ser extracontractual.

Los criterios que deben tomarse en cuenta a la hora de la valoración son los delineados en estas páginas. Habrá que examinar si en el caso concreto concurren los elementos que configuran la responsabilidad civil, cuyo factor de atribución, como ha quedado aclarado, es la culpa o el dolo.

Será necesario, asimismo, prestar atención especial a cada etapa que forma parte del proceso de elaboración de la obra; no debemos olvidar que en muchos casos son varios los profesionales que forman parte del mismo, por lo que al tiempo de deslindar responsabilidades será menester discriminar la función que cumplió cada uno.

Esto, tomando en consideración la causa que ha dado origen al daño resarcible.

Como último punto solo nos resta comentar que si bien en muchas ocasiones no es fácil determinar si la responsabilidad del agente es contractual o extracontractual, ello no nos puede conducir, de ningún modo, a la acumulación de estas figuras.

La Corte de Casación francesa, con criterio que ha trascendido sus fronteras, ha descartado el principio de la acumulación de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales, por un mismo hecho y por una misma persona perjudicada.

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte, Tomo XIII
Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX
Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA
Ítalo Fernández Origgi

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-603-3

9 789972 426032