



FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO

**LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS EN CASOS  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA  
MÉDICA EN EL PERÚ**

PRESENTADA POR  
**ELMER RAÚL CAPCHA VERA**

ASESOR  
**GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA**

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

LIMA – PERÚ  
2021



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

LAS CARGAS DINÁMICAS PROBATORIAS EN CASOS DE  
RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MÉDICA EN EL  
PERÚ

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

PRESENTADO POR: CAPCHA VERA, ELMER RAÚL

ASESOR: MG. GUSTAVO ENRIQUE MONTERO ORDINOLA

LIMA, PERÚ

2021

<b>INDICE</b>	<b>2</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>4</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO</b>	
1.1 Antecedentes de la investigación	10
1.2 Bases teóricas	14
1.2.1 Base Constitucional	14
1.2.1.1 Derecho a la presunción de inocencia	16
1.2.1.1.1 Derecho a la presunción de inocencia en el proceso civil	18
1.2.1.2 Derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales	21
1.2.1.2.1 Funciones que cumple la motivación de resoluciones judiciales	25
1.2.1.2.1.1 Funciones endoprocesales	26
1.2.1.2.1.2 Funciones extraprocesales	27
1.2.1.2.2 Problemas en la motivación de resoluciones judiciales	28
1.2.1.2.2.1 Falta de motivación	28
1.2.1.2.2.2 Motivación defectuosa	32
1.2.1.2.2.3 Motivación aparente	36
1.2.1.2.2.4 Motivación insuficiente	38
1.2.2 Base Civil	40
1.2.2.1 Responsabilidad Civil	40
1.2.2.1.1 Elementos de la responsabilidad civil	43
1.2.2.1.1.1 Antijuridicidad	43
1.2.2.1.1.2 Daño	45
1.2.2.1.1.2.1 Daño patrimonial	46
1.2.2.1.1.2.2 Daño extrapatrimonial	47
1.2.2.1.1.3 Nexo causal	48
1.2.2.1.1.4 Factor de atribución	49
1.2.2.1.2 Responsabilidad civil médica	52
1.2.2.1.3 Obligación de medios u obligación de resultados	53
1.2.2.1.4 La prueba en la responsabilidad civil médica	57
1.2.2.1.5 La prueba en la responsabilidad civil médica en el Perú	59
1.2.2.1.6 La teoría del res ipsa loquitur	62
1.2.2.1.7 La historia clínica	65
1.2.2.1.8 La responsabilidad administrativa por la prestación de servicios médicos	69
1.2.3 Base Procesal	70
1.2.3.1 Sistemas procesales	70
1.2.3.1.1 Sistema dispositivo	71
1.2.3.1.2 Sistema inquisitivo	72
1.2.3.2 El derecho a la prueba	74

1.2.3.2.1	Contenido del derecho a la prueba	<b>76</b>
1.2.3.2.2	El principio de adquisición procesal	<b>77</b>
1.2.3.3	La carga procesal	<b>79</b>
1.2.3.4	La carga probatoria	<b>81</b>
1.2.3.5	La carga probatoria dinámica	<b>85</b>
1.2.3.6	La carga probatoria dinámica en la legislación y jurisprudencia peruana	<b>91</b>
1.2.3.7	El estándar probatorio en el proceso civil	<b>95</b>
1.3	Definición de términos básicos	<b>99</b>
<b>CAPÍTULO II: METODOLOGÍA</b>		
2.1	Diseño metodológico	<b>108</b>
2.2	Aspectos éticos	<b>108</b>
<b>CAPÍTULO III: RESULTADOS</b>		
3.1	La carga probatoria dinámica y el derecho de presunción de inocencia.	<b>109</b>
3.2	La carga probatoria dinámica y el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales.	<b>116</b>
3.3	La carga probatoria dinámica y la presunción de negligencia.	<b>122</b>
3.4	La carga probatoria dinámica y el estándar probatorio.	<b>128</b>
3.5	La carga probatoria dinámica y su vinculación con los artículos 1229, 1329, 1969 y 1762 del Código Civil.	<b>132</b>
<b>CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN</b>		<b>141</b>
<b>CONCLUSIONES</b>		<b>155</b>
<b>FUENTES DE INFORMACIÓN</b>		<b>159</b>

## **RESUMEN**

En el presente trabajo de investigación se analiza la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica en la responsabilidad civil, específicamente en los casos de responsabilidad civil médica. Ante la ausencia de un medio de prueba idóneo que acredite la negligencia, imprudencia o impericia del profesional de la salud, el juez civil decide invertir la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor posición para acreditar el hecho, siendo en estos casos a la parte demandada. Si la parte demandada no presenta ningún medio de prueba, el juez decide amparar la demanda en aplicación a la mencionada regla probatoria, afectando con ello tanto el derecho a la presunción de inocencia como el derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales. La decisión judicial en estas circunstancias no sería correcta, más aún si estamos en un Estado constitucional de derecho.

**PALABRAS CLAVE:** carga de la prueba, carga probatoria dinámica, responsabilidad civil médica.

### **ABSTRACT**

This research paper discusses the application of the dynamic burden of proof in civil liability, specifically in cases of medical civil liability. In the absence of an appropriate means of proof of the negligence, recklessness or improbability of the health care professional, the civil judge decides to reverse the burden of proof to the person in the best position to prove the fact, being in these cases the party demanded. If the defendant does not present any evidence, the court decides to protect the action under that probation rule, thereby affecting the right to the presumption of innocence and the right to a proper statement of court decisions. The judicial decision in these circumstances would not be correct, even more so if we are in a Constitutional State of Law.

**KEY WORDS:** importance of the evidence, dynamic evidence, medical liability.

## INTRODUCCIÓN

Mediante los medios de comunicación, muchos de nosotros hemos tomado conocimiento de la historia de pacientes que ingresaron a un establecimiento de salud por causa de una enfermedad o dolencia. Posteriormente, a raíz de un procedimiento irregular o por la impericia de quienes ejercieron el servicio correspondiente, estos pacientes sufrieron un menoscabo o perjuicio en su salud que inclusive los llevó, en muchos casos, a perder la vida. Ante esta situación, la víctima o sus familiares deciden interponer una demanda de indemnización por daños y perjuicios adjuntando en ella ciertos medios probatorios destinados a acreditar su pretensión. Sin embargo, en muchas demandas no logran presentar el medio probatorio idóneo capaz de acreditar que el acto médico fue irregular o no fue conforme a la *lex artis* por parte del médico o del profesional que le brindó el servicio de salud, ya sea porque desconocen los procedimientos y términos médicos o porque les resulta muy costoso obtener el medio de prueba pertinente.

Situaciones como las descritas son muy comunes en nuestro país. Por ello, es importante analizar el medio probatorio destinado a demostrar los casos de responsabilidad civil médica. La valoración de este medio será el sustento de la decisión judicial para poder amparar las demandas de indemnización que se interponen. También es importante analizar lo que se puede hacer cuando no exista un medio de prueba que acredite la mala práctica médica.

En la doctrina nacional se sostiene mayoritariamente que la responsabilidad civil médica es una responsabilidad subjetiva, la cual está basada en la culpa como factor de atribución. Siendo ello así, solo existirá, por



lo tanto, la obligación de indemnizar por parte del médico o establecimiento de salud si se comprueba el actuar negligente, imprudente e imperito de las personas que realizaron el servicio de salud correspondiente.

En los casos de responsabilidad civil derivada de la mala praxis médica, el tema central gira en torno al análisis de la labor realizada por los médicos, las enfermeras, los técnicos o auxiliares que prestaron el servicio de salud respectivo para poder determinar con base en ello si existió o no la conducta reprochable o antijurídica.

El artículo 196 de nuestro Código Procesal Civil vigente señala que a menos que exista una disposición legal diferente, la carga de probar le concierne a quien afirma hechos que permiten sustentar su pretensión o a quien los contradice mediante la alegación de nuevos hechos. En aplicación estricta de esta disposición normativa, correspondería a la parte demandante acreditar que el procedimiento médico no fue correcto para poder determinar como responsables a los profesionales que intervinieron en el acto médico en cuestión.

Sin embargo, en los casos de responsabilidad civil médica existe la tendencia a que la aludida carga probatoria se invierta y sea el médico o el establecimiento de salud el que debe acreditar que actuó conforme a la *lex artis*, es decir, que actuó y cumplió con los procedimientos médicos establecidos de acuerdo con la necesidad del paciente. A esta inversión de la carga probatoria se le llama carga probatoria dinámica.

En el supuesto que el juez decida invertir la carga de la prueba a quien mejor maneje la información, es decir, a la parte demandada para el caso de una demanda de indemnización por responsabilidad civil médica, lo más

probable es que el demandante presente toda la documentación respecto a la historia clínica. Según el artículo 29 de la Ley General de Salud (Ley 26842), la historia clínica es un documento médico que debe contener de modo veraz y suficiente tanto las prácticas como los procedimientos que se aplicaron al paciente para resolver el problema de salud que se le diagnosticó.

Considerando lo expuesto en el párrafo precedente, surge entonces una pregunta central: ¿El historial clínico u otro documento presentado por el médico o establecimiento de salud será suficiente para determinar que el acto médico no fue adecuado? De aquí mismo aparecen otras preguntas derivadas: ¿No sería mejor que ese historial clínico o documentos presentados puedan ser sometidos a un análisis pericial médico para determinar si cumplieron o no con el procedimiento médico exigido para el caso concreto? ¿No sería pertinente que a la víctima de la negligencia se le practique una evaluación médica para determinar si su padecimiento es consecuencia de un acto médico irregular?

Por otro lado, si habiendo requerido la documentación necesaria la parte demandada no cumple con la entrega de ella, el juez, aplicando esta regla de la carga probatoria dinámica, tendría que amparar la demanda. En consecuencia, habría procesos judiciales que amparan la demanda de indemnización por responsabilidad civil médica sin haberse acreditado de manera fehaciente que el acto médico no fue idóneo tan solo aplicando la regla probatoria materia de análisis, lo cual afectaría ciertos derechos constitucionales, como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales.

Por todo ello, es necesario analizar con rigor y profundidad la regla de la carga probatoria dinámica y su eventual aplicación en los casos de responsabilidad civil médica. Para ello se realizará una investigación mediante el método dogmático descriptivo, que permitirá entender las instituciones jurídicas vinculadas a la presente investigación y poder aplicarlas a los casos que se presenten en la realidad judicial. Asimismo, se tendrá presente el método deductivo, que permitirá analizar las instituciones jurídicas pertinentes partiendo de un aspecto general para llegar a un aspecto específico. Del mismo modo, se realizará la investigación teniendo en cuenta un enfoque cualitativo y no experimental.

Finalmente, si bien la responsabilidad civil médica puede configurar una responsabilidad de carácter ético, administrativo y penal, en el presente trabajo se incidirá de manera preponderante en la responsabilidad civil.

## **CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO**

### **1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Para el tema propuesto en la presente investigación hemos realizado la búsqueda de tesis de maestría y doctorado que nos servirán como antecedentes. Los siguientes son los trabajos que hemos recopilado para esa finalidad.

1. Ojeda (2013), de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque, justifica así la incorporación de las cargas probatorias dinámicas:

Existe dificultad probatoria en los casos de responsabilidad civil médica, por cuanto la carga de probar recae en el paciente o su familia quien por ejemplo no dispone de la historia clínica, exámenes de laboratorio, exámenes radiológicos, prueba de singular importancia para determinar la responsabilidad. (p. 80)

Como se puede advertir, la investigación realizada en esta tesis plantea la incorporación en nuestro ordenamiento de la regla dinámica de la prueba, distinto a lo que proponemos en el presente trabajo de investigación: la no aplicación de la regla de la carga de la prueba dinámica en el ámbito del proceso civil, específicamente en la responsabilidad civil médica.

2. Martínez (2018), de la Universidad Nacional Federico Villarreal de Lima, concluye, entre otros aspectos, que no existen mecanismos legales para poder cuantificar dinerariamente un daño a la salud ni mucho menos que este daño pueda ser reparado. (p. 75)

3. Velarde (2016), de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, concluye que los factores principales de las negligencias médicas son

responsabilidades que acontecen durante el acto médico, que son: la negligencia, la imprudencia y la impericia. (p.80)

4. Mosquera (2012), de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Áncash, concluye que frente a un caso de responsabilidad civil médica por mala praxis la legislación peruana vigente no solamente es limitada, sino también deficiente, factores estos que ocasionan perjuicios en la persona-paciente por causa de una concepción legal en la que la obligación de medios dificulta la atribución de la responsabilidad civil, todo lo cual privilegia de forma indebida a la actividad médica y también a las llamadas “obligaciones de medios”. Esta situación responde a que la responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones de medios tiene como fundamento una culpa efectiva, la cual traería como consecuencia la necesidad de que el acreedor esté obligado a probar tanto el incumplimiento de la obligación como la culpa del deudor. (p. 153)
5. Granda (2018), de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque, resalta en sus conclusiones, entre otras cosas, que el acto médico debe cumplir un estándar mínimo de cuidado y para ello se debe actuar como lo haría un profesional promedio ideal en las mismas condiciones en lo que se presentó el hecho. Si su comportamiento se adecua a este profesional ideal, se concluirá que existe ausencia de culpa en el acto del profesional médico. De lo contrario, el médico responderá si no llega a demostrar que actuó correctamente en la intervención del paciente. (pp. 260-261)
6. Dominique (2017), de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, concluye, entre otras cosas, que el seguro médico se yergue como

una modalidad incuestionable de justicia social acorde a la realidad nacional de nuestro país, dado que en calidad de mecanismo legal de indemnización evitaría que las víctimas tengan que soportar tanto los daños que puedan derivarse de los accidentes de la actividad médica como también las consecuencias económicas de estos. Además, señala que el Seguro Médico Obligatorio no solo será un beneficio que busca garantizar la salud y la vida de los pacientes, sino también dar solución a un sistema injusto e inequitativo que tiene como causa el ejercicio de la actividad médica. (p. 194)

7. Córdova (2018), de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, concluye que la actividad médica en la actualidad no es un servicio profesional de especial dificultad por lo que en relación a la culpa se le debe dar el mismo tratamiento que se le da a cualquier otro profesional. Asimismo, señala que el artículo 1762 del Código Civil si considera a la culpa leve y que la causal eximente en dicha norma, únicamente se ha de aplicar en casos muy especiales. (p. 191)
8. Yzquierdo (2014), de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque, desarrolla la utilidad de la carga probatoria dinámica y concluye que tiene un fundamento constitucional basado en la igualdad ante la ley; la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que comprende a la justicia y el derecho a la prueba como elemento esencial a un proceso justo. Para su aplicación requiere de un presupuesto fáctico, de hipótesis dual, la facilidad probatoria de la parte sobre la cual no pesa el "*onus probandi*", como a su vez, la dificultad probatoria de la parte sobre la que sí pesa la carga probatoria. (p. 222)

Contrario a lo expresado por el autor, la presente investigación pretende establecer que la aplicación de la regla de la carga de la prueba dinámica afecta derechos constitucionales por lo tanto la decisión que emita el juez en razón a la mencionada regla no será válida.

## **1.2 BASES TEÓRICAS**

### **1.2.1 BASE CONSTITUCIONAL**

En todo Estado constitucional de derecho los jueces deben tener presente lo señalado en la Constitución y en la ley. Al respecto, Gascón y García (2005) sostienen que cualquier juez “está vinculado a la ley, pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez ... significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de Constitucionalidad de la ley” (p. 28). Dentro de este marco, debemos entender que en un Estado constitucional se pretenden garantizar los derechos de los ciudadanos.

Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo ese “algo” que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de los otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al concepto de Estado de Derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder (Gascón y García, 2005, pp. 30-31)

Quienes defendemos la postura garantista tenemos que oponernos a ciertas ideas que pretenden trastocar nuestro ordenamiento, como es el caso de la teoría de la carga de la prueba dinámica. En este contexto, compartimos lo señalado por Gascón y García (2005): “El garantismo se opone así al



autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad” (p.35).

La búsqueda de la verdad y de la justicia siempre han sido banderas que utiliza el activismo judicial para otorgarles mayores poderes a los jueces. No obstante, ambas búsquedas no deben hacerse a todo trance, sin tener presente la existencia de ciertos valores que también son merecedores de tutela. Así nos lo hacen ver Gascón y García (2005):

En la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros valores que se consideran merecedores de protección. Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza exigiendo que en la averiguación de la verdad se protejan en todo caso determinados bienes, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. Algunas limitaciones y prohibiciones de prueba y la presunción de inocencia constituyen ejemplos de reglas que se instituyen en el proceso probatorio para preservar estos valores.

(...)

En suma, la averiguación judicial de los hechos no es una actividad libre, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que condicionan la obtención del conocimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto, bien a garantizar otros valores que, junto con la obtención de la verdad, se consideran dignos de protección (p. 396).

Considerando lo hasta aquí expuesto, es importante tener presente tanto el derecho a la presunción de inocencia como el derecho a una debida motivación

de las resoluciones judiciales desde un enfoque garantista. Ambos son elementos sustanciales de un Estado constitucional de derecho.

### **1.2.1.1 DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Respecto al derecho a la presunción de inocencia, Villegas (2015) nos recuerda que este derecho ha sido fragmentado en derechos más concretos para un mejor enfoque analítico:

En la dimensión de este macroderecho, para cumplir con su finalidad, (...), se le ha descompuesto en derechos más específicos que rigen en cuatro ámbitos de aplicación distintos: a) como modelo informador del proceso penal, b) como regla del tratamiento del imputado durante el proceso penal, c) como regla de prueba, y d) como regla de juicio. (p.75)

Para efectos del presente trabajo, se enfatizará en la presunción de inocencia como regla de prueba y la presunción de inocencia como regla de juicio.

#### **a) La presunción de inocencia como regla probatoria**

Como regla probatoria, “la presunción de inocencia implica la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, suficiente, practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria” (Villegas, 2015, p.78). En el ámbito de un debido proceso, la presunción de inocencia exige la existencia de actividad probatoria de cargo suficiente y que la prueba haya sido ofrecida oportunamente, admitida y actuada con el debido respeto a los derechos fundamentales de carácter procesal. Pero como advierte Villegas (2015):

Ello no excluye la posibilidad de que la prueba indiciaria pueda constituir válida prueba de cargo, siempre que se verifique la presencia de

determinados presupuestos, especialmente que los indicios sean debidamente probados y que el nexo entre los distintos indicios concurrentes y el hecho que se pretende acreditar sea coherente y razonable. (p. 80)

Si se le tiene al acusado como inocente, desde el inicio del proceso y durante todo su desarrollo hasta que no exista una sentencia que determine lo contrario, y siendo que la carga de la prueba de esa culpabilidad recae sobre el órgano acusador, ha de llegarse como consecuencia a su derecho al silencio y a la no autoincriminación. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable, así como el correlativo derecho a guardar silencio se fundamentan en la presunción de inocencia, por lo que mal haría en considerarse que la conducta pasiva del imputado de abstenerse a declarar constituiría un indicio de culpabilidad. (Villegas, 2015, p. 83)

b) La presunción de inocencia como regla de juicio

Se presenta cuando el juez está por emitir sentencia y no tiene la prueba suficiente, sobre todo para condenar, o, en todo caso, se encuentra en una situación de duda. En ese contexto, aplicando el derecho a la presunción de inocencia, no le queda más camino que absolver al imputado.

La presunción de inocencia actúa como regla de juicio para aquellos casos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una sentencia, ni en sentido absolutorio, ni en sentido condenatorio; esto es, “cuando se encuentra en estado de duda razonable”, debe optar por absolver al procesado. (Villegas, 2015, p.85)

Concluimos este apartado con lo afirmado por Benabentos (2001): “Garantizar ese estado de inocencia es un claro mensaje constitucional que tiene por destinatarios naturales a las propias estructuras de poder del estado” (p. 128). Este mismo autor añade:

Ese manto constitucional protector, que viene desde la cima de la pirámide jurídica, debe preservarse –normativa y operativamente– en toda escala descendente del ordenamiento legal. Es una obviedad enunciar que hasta tanto no se dicte sentencia condenatoria, en contra del demandado o reo, (como culminación de un proceso judicial), el individuo no tiene que soportar sospecha alguna de su culpabilidad sino, por el contrario, se debe reivindicar su estado de inocencia. (Benabentos, 2001, pp.128-129)

#### **1.2.1.1.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO CIVIL**

El derecho a la presunción de inocencia tuvo y tiene un desarrollo más explícito en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, al ser considerado un derecho fundamental regulado de manera expresa en la Constitución Política del Perú, no cabe duda que su ámbito de aplicación se extiende a todo proceso más allá del ámbito penal o administrativo sancionador. Como dice Gómez Orea, citado por Villegas (2015) en una nota a pie de página:

Los aspectos procesales de la presunción de inocencia se plantearon inicialmente en el estricto margen del proceso penal, pero hoy se admite de forma general que no se agotan en él, sino que abarcan a todo proceso donde se trate de la aplicación de sanciones, aunque no sean penales. (pp. 74-75)

Por lo señalado en el párrafo precedente, entendemos que al ser el derecho de presunción de inocencia un derecho fundamental es aplicable en el

ámbito del proceso civil. Refuerza nuestra afirmación el hecho de que en materia civil existen pretensiones declarativas de carácter condenatorias, como es el caso de una demanda que contiene una pretensión indemnizatoria que al ser amparada tendrá efectos en relación al patrimonio de una persona, ya que en cierta medida implica una sanción a una conducta reprochable civilmente.

La presunción de inocencia es aplicable a todo acto de poder público –sea judicial, administrativo o político– mediante el cual se persigue castigar una conducta. En consecuencia, sus efectos alcanzan a los diversos tipos de procesos o procedimientos que pudieran concluir en decisiones sancionatorias. (García Toma, 2013, p. 513)

En el ámbito de la responsabilidad civil existe una conducta reprochable o antijurídica que hay que condenar y que nuestro ordenamiento jurídico no debe estar dispuesto a tolerar. No obstante, es preciso recordar que el análisis de si la conducta es reprochable o no jurídicamente se debe realizar en un proceso con todas las garantías. En ese contexto, compartimos lo señalado por Higa (2013), si bien su comentario está más enfocado al ámbito del derecho penal y sancionador:

La finalidad de los procesos penales y, en general, sancionadores consiste en determinar si al acusado le corresponde la sanción que el órgano acusador exige que se le imponga por haber cometido una infracción. Como presupuesto de la imposición de la sanción, el Juez debe determinar si el acusado cometió, o no, la infracción que se le imputa. El mecanismo institucional que han creado los ordenamientos jurídicos para determinar si una persona cometió una infracción es el proceso, en el cual se realizarán

una serie de actos y actividades que permitirán determinar si el acusado es responsable de los hechos que se le imputan.

Si bien el proceso sancionador tiene como objetivo determinar si el acusado cometió, o no, la infracción que se le imputa, las reglas que regirán el proceso deben respetar los derechos del acusado, en especial, el derecho a la presunción de inocencia hasta que no se demuestre, más allá de toda duda razonable, su responsabilidad en la infracción que se le imputa. (p.114)

El derecho a la presunción de inocencia “tiene como objetivo que ninguna persona inocente debe ser sancionada, lo cual se funda en el principio de dignidad del ser humano” (Higa, 2013, p. 115).

Las personas sólo deberían ser merecedoras de un beneficio o un perjuicio en virtud de sus decisiones o actos, más aún, en el caso de la imposición de sanciones donde el Estado le privará de su libertad u otro derecho fundamental por la comisión de una infracción. (Higa, 2013, p.115)

En relación con el derecho a la presunción de inocencia, Benabentos (2005) ofrece una opinión interesante respecto al estado de inocencia:

El estado de inocencia (entre otras garantías al debido proceso) se extiende no sólo al proceso penal, sino a todo tipo de litigios: es obvio, que para el proceso civil cabe –por idénticos motivos a los que alega para el proceso penal– la inaplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias puesto que toda vez que un demandado o imputado deba “construir su estado de inocencia” tal criterio repugna, directamente, el orden constitucional y las garantías mínimas que un imputado o demandado goza en el proceso. (p. 74)

En definitiva, si entendemos que el derecho a la presunción de inocencia es aplicable al ámbito del proceso civil debido a que está reconocido en nuestra Constitución como un derecho fundamental, no corresponde aplicar la teoría de la carga probatoria dinámica porque ello constituiría una grave afectación al derecho en mención, como luego se verá al desarrollar el dinamismo de la carga de la prueba.

#### **1.2.1.2 DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

En el Perú, el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales está reconocido en el numeral 5 del artículo 139 de nuestra Constitución, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 122 del Código Procesal Civil vigente.

Es importante establecer qué significa motivar una sentencia. Al respecto, Atienza, citado por Zavaleta (2014), advierte la diferencia entre explicar y justificar:

Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, significa mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es bien distinta: por ejemplo, cabe perfectamente que podamos explicar una decisión que, sin embargo, nos parece injustificable; y los jueces – los jueces del Estado de Derecho – tienen, en general, la obligación de justificar – pero no de explicar – sus decisiones. Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas (...). (p. 48)

Debemos destacar que las demandas se basan en hechos que el juez debe analizar y que deben estar debidamente probados para poder aplicar la

disposición normativa pertinente en la decisión adoptada. Tal como lo señala, Zavaleta (2014):

Toda sentencia debe contener una narración sobre los hechos del caso. Aun si no existe discrepancia sobre ellos y la controversia es de puro derecho, los hechos son necesarios para situar al caso en un determinado contexto jurídico. En cualquier decisión judicial (sentencia), los hechos ocupan un lugar preponderante, sobre todo cuando el caso involucra problema de prueba. En la mayoría de casos, la principal discrepancia o controversia gira en torno a la ocurrencia de determinados hechos y, consecuentemente, a la valoración de la prueba sobre los mismos. (p. 339-340)

Por otro lado, la mayoría de los conflictos jurídicos que se presentan en el ámbito de un proceso civil están basados en la existencia de prueba, es decir, si un determinado hecho se encuentra probado o no. Precisamente esto lo que sucede en un caso de mala praxis médica, en los que en muchas ocasiones no se tiene a disposición elementos de prueba suficientes para demostrarla. Es por ello que la valoración de la prueba constituye un aspecto sustancial en el derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales. Taruffo, citado por Zavaleta (2014), ofrece una opinión rescatable:

La expresión de la valoración probatoria es (...) consustancial a la sentencia si el caso presenta problemas de prueba. Desde esta perspectiva, una sentencia en la que simplemente se describan los hechos del caso o contenga afirmaciones sobre cómo ocurrieron, pero sin vincularlos a ninguna prueba; o que, incluso citando pruebas, no explica las inferencias que justifican cómo el juez ha pasado de los datos probatorios a



los hechos probados, es manifiestamente arbitraria. La valoración de la prueba tiene que hacerse explícita, no puede ser misteriosa. (p.340)

Entendemos que la importancia de la motivación es otorgarle legitimidad a la función de los jueces y evitar la arbitrariedad que conllevaría una decisión sin una debida justificación con base en los hechos y en las pruebas. Por ello, Calvino (2008a) señala:

Las motivaciones de las sentencias posibilitan el control de los actos que realizan los jueces, a la vez que legitiman su poder y protegen a los miembros de la sociedad de arbitrariedades. Importa, pues, el análisis de la argumentación como expresión de aquellas motivaciones. Empero, para construir una resolución, es necesario que el decisor transite un camino que muestra una estructura particular integrada con elementos y matices algo distintos a los hallables en otras aplicaciones del razonamiento jurídico (...). (pp. 149-150)

En concordancia con la necesidad de la debida motivación en las resoluciones judiciales, recordemos que Tribunal Constitucional (2008) peruano ha establecido en su Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC (Exp.00728-2008-PHC/TC) lo siguiente:

si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del

decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional. (Fundamento 8, segundo párrafo)

Cabe también aquí recordar lo señalado por Calamendrei (2006), quien hace un ejercicio comparativo entre el razonamiento judicial y otras materias que resulta importante para nuestro análisis:

es preciso advertir que en el razonamiento judicial, a diferencia de lo que sucede en otras materias, la decisión es siempre necesaria; así, por ejemplo, no está prohibido a los médicos, después de haber discutido ampliamente alrededor del lecho de un enfermo, que concluyan la consulta con el honesto reconocimiento de que no es posible emitir un diagnóstico preciso; pero, por el contrario, el juez no puede terminar el proceso con un *non liquet*. Cuando los métodos de la lógica no sean suficientes para resolver el problema, sino que ven obligados a detenerse ante el obstáculo insuperable de una duda más fuerte que cualquier razonamiento, el método judicial proporciona la receta para obtener a toda costa la decisión. Para lograr la certeza en las relaciones jurídicas, que constituye una condición esencial para la paz social (...) (pp. 30-31)

Es importante tener en cuenta lo señalado por Calamandrei en el párrafo precedente porque en un proceso judicial siempre tiene que haber una decisión definitiva que permita establecer certeza en las relaciones jurídicas y no generar incertidumbre. El derecho siempre brinda las herramientas necesarias para resolver un caso concreto, aunque no haya suficientes elementos

probatorios. Sin embargo, dichas herramientas deben usarse siempre con estricto respeto a la Constitución y a la ley.

Finalmente, es preciso recordar lo señalado por Colomer (2003) cuando manifiesta:

..., un adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional obliga a los jueces a justificar sus decisiones partiendo de las normas o principios del ordenamiento jurídico, de forma que el ordenamiento constituye el marco de referencia básico de la actividad jurisdiccional y sirve para limitar la actuación de los sujetos encargados de tomar decisiones que solucionan las controversias planteadas por los litigantes. (p. 185).

#### **1.2.1.2.1 FUNCIONES QUE CUMPLE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

El derecho a una debida motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental que está establecido de manera expresa en la Constitución Política del Perú. Por ello es importante detenernos un momento a establecer cuáles son las funciones que cumple la motivación de las resoluciones judiciales.

Al respecto, Colomer (2003) señala:

Hoy juzgar no es una actividad excluida de control, sino que al contrario la actuación del juzgador –y especialmente su producto más elaborado: la sentencia –se somete a controles de naturaleza endoprocesal, es decir en el ámbito del proceso en que se acuerde, y a otros esencialmente extraprocesales, que se desarrollan al margen del proceso. Sin embargo, todos estos controles requieren como presupuesto para su intervención la existencia de una motivación de la decisión... (p. 22)

### **1.2.1.2.1.1 FUNCIONES ENDOPROCESALES**

- a) La motivación constituye la garantía procesal de cierre de un sistema de justicia racional y garantista de los derechos del justiciable, en el entendido que ella posibilita verificar que la decisión jurisdiccional ha cumplido con otras garantías fundamentales, como el derecho de defensa, la sujeción de juez a la Constitución y las leyes, el derecho a la valoración racional de las pruebas, la imparcialidad del juzgador, etc. (Zavaleta, 2014, pp. 209-210)
- b) La motivación posibilita el ejercicio del derecho a la impugnación, ya que a través de ella los justiciables conocen las causas por las que la pretensión que se esgrimió fue restringida o denegada y esto, en buena cuenta, hace viable que quien se sienta agraviado por la decisión pueda impugnarla. (Zavaleta, 2014, p.214)
- c) La motivación posibilita el control de la decisión por los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores, pues a través del análisis de la motivación de la resolución recurrida y de los agravios expresados y fundamentados en el medio impugnatorio respectivo, el superior jerárquico puede determinar si el juez inferior ha incurrido en los errores denunciados por el recurrente y, por tanto, si corresponde revocar o confirmar la resolución impugnada. (Zavaleta, 2014, p. 214)
- d) La motivación permite conocer los alcances del fallo, subsiste la idea de que la parte decisoria de una resolución es la única que tiene eficacia jurídica, sin que los fundamentos cumplan ningún papel respecto a cuál es la extensión de la decisión adoptada; sin embargo, no puede soslayarse que la motivación y decisión conforman una unidad argumentativa (...). (Zavaleta, 2014, p.215)

e) La motivación permite el autocontrol del juez sobre la racionalidad jurídica de la decisión, pues si el juez solo puede decidir aquello que puede justificar, es lógico que en el proceso de decisión se vayan planteando y evaluando razones en pro y en contra de la decisión; de manera que ella sea el producto de una actividad racional. (Zavaleta, 2014, p.216)

#### **1.2.1.2.1.2 FUNCIONES EXTRAPROCESALES**

a) La motivación otorga legitimidad al ejercicio del poder jurisdiccional. (...) Desde esta perspectiva, la motivación legitima a la función jurisdiccional y genera confianza, en los ciudadanos, de que el ejercicio de poder que les ha sido confiado a los jueces responde a criterios provenientes del ordenamiento jurídico. (...) Esta función exige que la motivación sea pública, inteligible y autosuficiente. (Zavaleta, 2014, pp. 217-218)

b) La motivación coadyuva a la unidad e igualdad en la aplicación del derecho. (...) Este criterio exige que para considerar una decisión, ella no solo deba regir para el caso particular que se está enjuiciando, sino también para todo otro caso que comparta sus propiedades relevantes. (Zavaleta, 2014, p.218)

c) La motivación verifica la validez constitucional del sistema de fuentes en su aplicación. (...) Recuérdese al respecto que es obligación del juez ejercer su potestad jurisdiccional con arreglo a la Constitución y a las leyes; y, en caso exista incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, debe preferir la primera. La sola aplicación de una norma legal implica, por tanto, que el juez la considera constitucionalmente válida. (Zavaleta, 2014, p. 219)

d) La motivación coadyuva al dinamismo del sistema jurídico. El producto del legislador está constituido por disposiciones, pero estas no son las que se

aplican, sino las normas. Entre la disposición (signo) y la norma (significado) media la interpretación; y, precisamente, la labor del juez involucra interpretar textos legales. Así, el Derecho como guía de conducta se nutre de las interpretaciones judiciales, las cuales pueden cambiar o evolucionar, así las disposiciones se mantengan inalterables. (Zavaleta, 2014, p. 219-220)

e) La motivación posibilita el ejercicio del derecho constitucional al análisis y la crítica de las decisiones judiciales. (...) Este derecho es una forma de control extraprocesal del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Se busca así que no solo las partes, sino también terceros ajenos al proceso analicen los argumentos utilizados por el juez en la sentencia y, de ser el caso, la critiquen o cuestionen. (Zavaleta, 2014, p. 220)

#### **1.2.1.2.2 PROBLEMAS EN LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

Una vez determinado lo que significa motivar una resolución judicial, así como establecer su importancia. Ahora es preciso desarrollar ciertos problemas que se presentan en relación a la motivación, que si se presentaran en una decisión judicial estaríamos ante una afectación al derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales.

##### **1.2.1.2.2.1 FALTA DE MOTIVACIÓN**

Uno de los problemas de motivación que se puede presentar en una decisión judicial es la falta de motivación. Al respecto, Zavaleta (2014) señala que la falta de motivación se puede advertir en los siguientes casos:

a) Resoluciones inimpugnables

No todas las resoluciones expedidas por el juez pueden ser impugnadas. Nuestro ordenamiento procesal civil establece barreras a la impugnación de

determinadas resoluciones que deciden de manera definitiva un aspecto procedimental, evitando que la discusión se extienda a aspectos de forma que se consideran no gravitantes para la solución del conflicto, en resguardo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero esta limitación no es automática, requiere de la fundamentación de lo decidido, en caso contrario, ni la decisión será definitiva, ni podrá alegarse impedimento legal alguno para apelarla. (Zavaleta, 2014, pp. 399-400)

b) Decretos sustituyen autos

Aquí es necesario tener en cuenta lo que ha dispuesto nuestra actual norma procesal civil:

Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento” (Código Procesal Civil, 1993, art. 121 -segundo párrafo-).

Comentando el contenido del artículo citado, Zavaleta (2014) advierte que este no faculta a los jueces a tener discrecionalidad ni a que sus resoluciones carezcan de la debida motivación:

Algunos jueces interpretan este enunciado normativo como si les atribuyera cierta discrecionalidad; de manera que si el acto procesal objeto de la resolución no está contemplado dentro del catálogo de resoluciones para las que se requiere un auto y, a criterio del juez, su decisión no requiere de motivación, él expide una resolución bajo la forma de decreto.

Una interpretación conforme a la Constitución exige que todo pedido de las partes, cuyo objeto no consista en impulsar el desarrollo del proceso, sea resuelto mediante un auto debidamente motivado, pues el tipo de resolución que corresponde expedir respecto de los actos procesales de las partes no depende del criterio discrecional del juez, sino de la naturaleza de lo que se pide. (pp. 402-403)

c) Motivación por remisión

Esta forma de motivar implica que el juez de alzada decida haciendo suyas las razones expuestas en la resolución recurrida. (...) En algunas ocasiones, los tribunales confirman la sentencia del inferior con la fórmula muy conocida (por sus propios fundamentos), no obstante que en la parte decisoria de la resolución incluso modifican lo decidido (...). (Zavaleta, 2014, p. 403)

[R]esulta claro que si a las partes les asiste el derecho de refutar los argumentos vertidos en la sentencia, entonces, a los jueces superiores les corresponde el correlativo deber de pronunciarse –en forma expresa y no por remisión –sobre los puntos y las razones del recurrente para disentir con el juez cuya resolución impugna. (...), el impugnante ya no tiene que dirigir sus argumentos contra los de la otra parte, sino contra los considerandos del juez inferior. (...) creemos que la expresión fácil ‘por sus propios fundamentos’, incumple con el deber de motivar las resoluciones judiciales. Los magistrados tienen el deber insoslayable de exponer los motivos de su decisión, inclusive si estos concuerdan con los de la resolución recurrida. (Zavaleta, 2014, p. 406)



En lo que compete al ordenamiento peruano, no debe perderse de vista que “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan” (...) (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1993, art. 12). Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida no constituye motivación suficiente.

d) Omisión total de pronunciamiento

En este caso, Zavaleta (2014) advierte que “nos encontramos frente a una ausencia de decisión en lo que atañe algún pedido de los justiciables” (p. 409).

Distinto es el caso de la desestimación tácita, en el que existe un pronunciamiento de rechazo a una pretensión que se deriva como lógica consecuencia del fallo (...). Por ejemplo, si declara infundada la pretensión principal sobre obligación de dar suma de dinero, es claro que las pretensiones accesorias sobre pago de intereses, así como de pago de costas y costos procesales, también habrían sido desestimadas. (Zavaleta, 2014, p. 409)

Respecto a esta omisión total de pronunciamiento, vale la pena citar lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional (2007) en su Sentencia No. 10508-2006-PA/TC:

Conforme lo tiene dicho este Tribunal, una resolución que no se pronuncie respecto a algún punto no necesariamente falta al deber de motivación sí de sus considerandos se puede desprender lógicamente una respuesta implícita a la cuestión planteada, pues en tal caso se presenta un supuesto de *motivación implícita*. (Fundamento 2)

### 1.2.1.2.2.2 MOTIVACIÓN DEFECTUOSA

Este tipo de motivación puede presentarse en las siguientes situaciones:

#### a) Defectos entre el problema y la argumentación

Estos defectos son explicados por Zavaleta (2014) del siguiente modo:

La motivación supone, en principio, la comprensión del caso propuesto en los términos en que ha sido expuesto por las partes. Cuando el caso no es comprendido por el juez y él trastoca y soslaya el *thema decidendi*, se producen esta clase de defectos que da lugar a la falacia de elusión de la cuestión. (pp. 411-412)

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional (2005) también se ha referido a estos defectos en su Sentencia No. 1744-2005-PA/TC. En ese sentido, a través del voto singular de los magistrados Gonzáles Ojeda y Alva Orlandini, advirtió que si no se comprenden de manera exhaustiva los hechos de un caso concreto “es improbable que cualquier motivación jurídica sea suficiente o satisfactoria como respuesta al justiciable” (§7, 13). En esta misma sentencia también se hizo mención a dos dimensiones existentes relativas a la motivación de los hechos en las resoluciones:

La motivación referida a los hechos supone, de este modo, por lo menos dos dimensiones: una relativa a la comprensión del caso propuesto, en los términos en que ha sido expuesto por las partes, y otra concerniente a la motivación de los hechos admitidos como parte de la decisión, esto es, la forma en que determinadas premisas fácticas crean convicción en el juzgador. La primera trata de la delimitación precisa del petitorio y la *causa petendi* (pretensión), mientras que la segunda se vincula a la justificación de la premisa fáctica como parte de la decisión misma. (§7, 14)

#### b) Defectos en la argumentación: contradicción de premisas

Zavaleta (2014) resalta así la importancia de la motivación en las resoluciones judiciales:

Cuando un juez motiva sus resoluciones debe hacerlo coherentemente. Todos los argumentos que sustentan la sentencia o el auto deben ser compatibles entre sí. No se puede afirmar y negar, a la vez, un hecho de una misma cosa o un mismo sujeto, pues los argumentos contradictorios se excluyen unos con otros, siendo imposible sacar una conclusión válida de ellos. (p. 414)

Esta importancia de la necesidad de una buena motivación en las resoluciones judiciales también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional (2008) en su Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC:

La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. (Fundamento 7, literal b)

c) Defectos entre la argumentación y el fallo

Este tipo de defectos se producen, según Zavaleta (2014), “cuando la decisión no se sigue, infiere o deriva de las premisas o razones que el juez esgrime como fundamentos de ella; de manera que el razonamiento no presenta una deducción lógicamente válida” (p. 416). Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional (2007), mediante su Sentencia No. 00654-2007-AA/TC, advierte la relación existente entre la justificación lógico-racional del contenido de una resolución judicial y su debida motivación:

La coherencia interna o justificación lógico-racional constituye un *test* mínimo en el control de validez del razonamiento de los jueces y está en directa relación con la debida motivación de las resoluciones judiciales. Mediante el análisis de la justificación interna en el razonamiento, el Juez Constitucional determina si el resultado del razonamiento utilizado por el juez ordinario se desprende efectivamente de las propias premisas establecidas en la resolución. (Fundamento 26)

d) Defectos entre el problema y el fallo: Incongruencia

La determinación de los problemas que presenta el caso implica tomar en cuenta las pretensiones y posiciones de ambas partes. Cuando el juez concede algo distinto a lo pedido (*extra petita*), se excede de lo pedido (*ultra petita*), omite decidir sobre algo pedido (*citra petita*), o trae al proceso hechos no alegados por las partes (incongruencia fáctica), puede afirmarse que ha incurrido en defectos que afectan el principio de congruencia de las resoluciones judiciales. (Zavaleta, 2014, pp. 419-420)

El proceso se desenvuelve a través de un juego dialéctico, en donde a cada parte se le da la oportunidad de exponer sus argumentos fácticos y jurídicos, así como de aportar las pruebas pertinentes, en busca del

convencimiento del juez hacia la posición que defiende. Acá detectamos con nitidez la presencia de dos principios: el dispositivo y el contradictorio. El primero en cuanto corresponde a las partes aportar los hechos y las pruebas respectivas; y, el segundo, en la medida en que lo aportado deberá ser puesto de conocimiento del contendor, quien tendrá la oportunidad de contradecir, refutar o cuestionar, según sea el caso, los argumentos y los medios probatorios ofrecidos en su contra. (Zavaleta, 2014, p.420)

La violación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en específico, al principio de congruencia, importa una indefensión. En efecto, si el juez soslaya los hechos alegados por las partes y traspasa los límites dentro de los cuales ellas fijaron la controversia, es obvio que habrá violado el principio de contradicción y, consecuentemente, el derecho de defensa. (Zavaleta, 2014, p.421)

Como una situación que se presenta en la motivación defectuosa, la incongruencia ha sido tratada por nuestro Tribunal Constitucional (2008) en su Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial

generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, *incisos* 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas. (Fundamento 7, literal e)

En relación a la motivación defectuosa, Arrartre (2004) señala:

Se presenta en aquellos casos en los que formal o externamente existe un texto redactado que pretende hacer las veces de motivación; sin embargo si se procede a una lectura mínimamente cuidadosa es posible advertir que tal “motivación” es intrínsecamente incorrecta, en tanto afecta los principios lógicos de identidad o congruencia, no contradicción o de tercio excluido. (p. 187)

#### **1.2.1.2.2.3 MOTIVACIÓN APARENTE**

Zavaleta (2014) advierte que las premisas materia del razonamiento para llegar a una decisión basada en derecho deben ser precisas para evitar una motivación insuficiente:

Uno de los presupuestos para que la decisión judicial se encuentre justificada consiste en que esta se derive de las premisas materia del razonamiento. Esto, desde luego, supone que dichas premisas se

encuentren explicitadas, y no se compongan de enunciados vagos, inespecíficos e irrelevantes. Cuando esto último ocurre estamos frente a una motivación aparente. (p.422)

Una manera bastante simple, pero eficaz, para establecer cuándo estamos frente a una motivación aparente consiste en preguntarnos a qué cuestión trata de contestar determinada argumentación judicial. Si la respuesta que obtenemos se refiere a un punto pertinente, específico y relevante de la controversia (y además la respuesta es sólida), estaremos frente a una auténtica motivación. Por el contrario, si dicha respuesta es vaga, meramente dogmática o, en general, está desconectada del caso concreto, la motivación será aparente. (Zavaleta, 2014, p.422)

Son casos típicos de esta clase de vicio, las resoluciones que solo se limitan a describir los hechos alegados por las partes, sin analizarlos ni vincularlos con prueba alguna; las que no valoran los medios probatorios esenciales para resolver la controversia, sino que efectúan una vaga alusión a todas las pruebas aportadas al proceso, sin especificar el valor otorgado a los medios probatorios que han motivado su decisión; las que de manera aseverativa expresan que un hecho se encuentra acreditado sin apoyarse en ningún medio probatorio; las que de manera genérica indican que se han cumplido todos los requisitos para encuadrar el caso sub iudice dentro del supuesto de una norma jurídica, sin embargo, no contienen los fundamentos fácticos y jurídicos que conllevan a esa conclusión, luego de un análisis de los medios probatorios, entre otras. (Zavaleta, 2014, pp. 423-424)

Al respecto, Arrartre (2004) en relación a la motivación aparente expresa lo siguiente:

En este caso, también se vulnera el principio lógico de razón suficiente, aún cuando de manera más sutil, toda vez que lo argumentado no es, ni puede ser, el sustento real de la decisión adoptada. Podemos afirmar que nos encontramos frente a una “fachada” o “cascarón” colocado para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión “tiene” motivación; sin embargo, de la lectura y análisis de la misma se puede advertir que ésta, en ningún caso, constituye la razón de lo resuelto. (p. 181)

También es preciso tener presente a Fernández (citado por Arrartre, 2004) quien sostiene:

El grupo de decisiones que corresponden con esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a *prima facie* fundadas, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación descubriremos que en verdad no tiene fundamento. (p. 181)

El problema de la motivación aparente también ha sido tratado por nuestro Tribunal Constitucional (2008) en su Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC:

Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (Fundamento 7, literal a)

#### **1.2.1.2.2.4 MOTIVACIÓN INSUFICIENTE**



Zavaleta (2014) afirma que la motivación suficiente “implica aportar razones fácticas y jurídicas necesarias para justificar apropiadamente la decisión. Guarda estrecha relación con el principio lógico de razón suficiente” (p. 424).

Del mismo modo, resalta:

La sentencia expedida en un proceso de indemnización por *mala praxis* médica no gozaría de suficiente motivación si el juez declara fundada la demanda, basándose en una pericia que no excluye otras causas de muerte, a parte de la imputada al médico. Asimismo, la motivación será insuficiente si el juez deja incontestados argumentos que podían cambiar el curso de la decisión. (...), debe recordarse que la estructura del razonamiento judicial es dialógica, en el sentido que el juez debe dar respuesta a las cuestiones planteadas por las partes, considerando los argumentos relevantes expuestos en ellas. Esto supone que el juez no sólo está obligado a exponer los argumentos que apoyen positivamente su posición, sino también a refutar los argumentos relevantes que se le oponen y se alinean en una alternativa distinta a la elegida. (Zavaleta, 2014, p. 426)

Es importante destacar que la suficiencia de la motivación, como concepto jurídico indeterminado, no debe ser apreciada *a priori* o en abstracto, sino a la luz de las circunstancias concretas de cada caso (...). Lo importante es que las razones expuestas por el juez permitan conocer los criterios esenciales que fundamentan su decisión y respondan a las argumentaciones relevantes de las partes (...). (Zavaleta, 2014, p.427)

En buena cuenta, son argumentos relevantes aquellos relacionados con los puntos de controversia. De allí que la correcta fijación de los puntos

controvertidos no constituye una mera formalidad, sino una garantía de las partes relativa a sus derechos de defensa, a la prueba y a la motivación de resoluciones judiciales. (Zavaleta, 2014, p.429)

Nuestro Tribunal Constitucional (2008), en su Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC, también se ha referido así a la motivación insuficiente:

Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. (Fundamento 7, literal d)

## **1.2.2 BASE CIVIL**

### **1.2.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL**

Un determinado comportamiento puede originar diversos tipos de responsabilidad, esto es, puede originar una responsabilidad penal, civil o administrativa. Por ejemplo, si un conductor en estado de ebriedad atropella a un peatón, aquel podría asumir una responsabilidad penal por las lesiones que provoca a la víctima y hasta podría ser denunciado por homicidio culposo si ocasiona la muerte del peatón. Por otro lado, también podría originar una responsabilidad civil por los daños causados a la víctima o a sus herederos y, por lo tanto, tendría el deber de indemnizarlos. Asimismo, puede dar lugar a una responsabilidad administrativa porque se podría iniciar un procedimiento

administrativo ante las autoridades pertinentes a efectos de cancelar la licencia de conducir del conductor causante del hecho reprochable jurídicamente.

Los tipos de responsabilidades señalados en el párrafo precedente también podrían aplicarse a un médico que ejerce una mala praxis. Es decir, podría ser denunciado penalmente por las lesiones que ocasiona y también por homicidio culposo si causa la muerte del paciente. Asimismo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, tendría que indemnizar los daños causados al paciente o a sus herederos. Y, por último, podría también iniciarse un procedimiento administrativo para determinar su responsabilidad administrativa a efectos de cancelar su título correspondiente para ejercer la actividad médica.

Para efectos del presente trabajo de investigación, vamos a centrarnos en la responsabilidad civil. Al respecto, es preciso recordar lo señalado por Taboada (2005):

la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación con los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia no del incumplimiento de una

obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual. (p.30)

Si bien la responsabilidad civil por mala praxis médica es considerada de carácter contractual, en determinadas situaciones, sin embargo, podría encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Por ello, en mi opinión considero importante que los demandantes señalen de manera expresa dentro de qué marco de responsabilidad están interponiendo su demanda, es decir, si la interponen dentro del marco de la responsabilidad civil contractual o dentro bajo el marco de la responsabilidad civil extracontractual. En situaciones como estas, es importante recordar lo señalado por Fernández y Woolcott (2018):

esta duplicidad de regímenes de responsabilidad civil no solo comporta notables diferencias a nivel de presunciones e imposición de la carga de probanza. Ella también se refleja en los plazos prescriptorios: diez años para la contractual, que da pie a una acción personal a tenor de lo previsto en el artículo 2001.1 y a dos años para la acción indemnizatoria según el inc. 4 del mismo art. del CC. La duplicidad en cuestión se manifiesta, así mismo, en los daños indemnizables. En efecto, los arts. 1321 y 1322 del CC, relativos a la responsabilidad contractual se refieren al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral, mientras que el art. 1985, que se ubica dentro de la responsabilidad extracontractual, comprende al daño emergente, al lucro cesante, al daño a la persona y al daño moral (...). (p. 460, Vol. 2)

Pese a las diferencias existentes entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, se acepta de forma unánime que ambos regímenes de responsabilidad tienen elementos comunes.

#### **1.2.2.1.1 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual tienen elementos comunes. Así lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia peruana, según las cuales estos elementos comunes son el comportamiento antijurídico, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Al respecto, Fernández y Woolcott (2018) en relación a los presupuestos de la responsabilidad civil lo siguiente:

...se desprende que los presupuestos de la responsabilidad civil, en cuanto obligación de reparar el daño, son tres: primero, la existencia de un daño injustificado; segundo, la relación causal del daño con el hecho que lo generó; y, tercero, la imputación de las consecuencias del daño al sujeto o sujetos responsables de conformidad con el criterio normativo que resulte aplicable al supuesto (Fernández y Woolcott, 2018, p. 366, Vol. 2)

##### **1.2.2.1.1.1 ANTIJURICIDAD**

En la responsabilidad civil es determinante analizar el comportamiento del sujeto que causa los daños, esto es, si ese comportamiento es contrario a derecho y, por ende, reprochable jurídicamente. Al respecto, Taboada (2005) afirma:

la antijuricidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, sea ésta contractual o extracontractual, por cuanto se entiende que sólo nace la obligación legal de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento o

conducta que no es amparada por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. (p. 39-40).

El propio Taboada (2005) resalta la necesidad de la existencia de cierto tipo de conductas para determinar la obligación de indemnizar:

resulta evidente, por la propia fuerza de los conceptos y de los hechos, que siempre es necesaria una conducta que sea ilícita, antijurídica o ilegítima, para poder dar nacimiento a la obligación legal de indemnizar y por ende a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o contractual. Resulta inimaginable plantear un problema de responsabilidad civil sin hacer referencia al concepto de antijuricidad, cualquiera que sea la denominación que se le dé al mismo. (p. 40)

En tal sentido, en el ámbito de la responsabilidad civil por mala praxis médica se tiene que partir del hecho de que la actuación de los profesionales de salud ha sido sin observar la *lex artis*.

Al respecto, es preciso recordar lo señalado por Mosset (2001) cuando afirma:

Es verdad que el médico no tiene el deber de sanar o curar al paciente. Empero, también es verdad que no tiene el derecho de lesionar, incapacitar, descerebrar o matar al enfermo. Tenemos que plantearnos, en consecuencia, la cuestión relativa a la juridicidad o antijuridicidad de su obrar. ¿Cuándo procede de conformidad con el derecho? ¿Cuándo lo hace de manera abusiva, elusiva o contraria al orden jurídico? (p. 331)

Asimismo, Mosset (2001) precisa "...el ejercicio de la medicina sin esos ingredientes, sin pericia, sin diligencia, sin cuidado, entraña un ejercicio

ilegítimo por abusivo. El daño que de un obrar semejante se siga para el paciente, compromete, por ende, la responsabilidad del médico”. (p. 332)

#### **1.2.2.1.1.2 DAÑO**

Una vez determinado que el comportamiento del médico o del profesional que presta los servicios médicos no ha observado los procedimientos idóneos o preestablecidos, se tiene que analizar la existencia de los daños. El término “daño” es desarrollado del siguiente modo por Fernández y Woolcott (2018):

la noción de daño es bidimensional en tanto comprende el daño en sí mismo, o sea la lesión, y las necesarias consecuencias o perjuicios que de dicha lesión se derivan. Por ello, un sector de la doctrina designa a la primera dimensión como daño-evento y a la segunda como daño-consecuencia. Es obvio que si no existe lesión no cabe hablar de daño. Lo mismo ocurre si no se derivan consecuencias negativas o perjuicios. El daño, por consiguiente, supone la simultánea presencia de la lesión y de sus consecuencias. No cabe lo uno sin lo otro. (p. 320, Vol. 2)

Por su parte, Taboada (2005) señala que debe entenderse por daño “la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo” (p.34).

Se suele clasificar a los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Al respecto, Taboada (2005) afirma:

Serán daños patrimoniales las lesiones a los derechos patrimoniales y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de tal naturaleza, como es el caso específico de los sentimientos considerados

socialmente dignos o legítimos y por ende de merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. (p.62)

#### **1.2.2.1.1.2.1 DAÑOS PATRIMONIALES**

Taboada (2005) considera que los daños patrimoniales son “aquellos daños que lesionan derechos patrimoniales” (p. 62). Este mismo autor también precisa que desde el punto de vista de la doctrina hay dos tipos de daño patrimonial:

en la doctrina existe unanimidad en que existen dos categorías de daño patrimonial, que son de aplicación tanto en el ámbito contractual o extracontractual: el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir. (p. 62)

Moisset De Espanés (citado por Manzanares, 2008) señala “el daño emergente es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio”. (p. 40)

Asimismo, Stight y Echevesti (citados por Manzanares, 2008) señalan en relación al daño emergente lo siguiente:

El daño emergente implica la pérdida o disminución de valores positivamente existentes y por lo tanto se manifiesta con un empobrecimiento del patrimonio. El daño emergente puede ser actual (destrucción o deterioro de las cosas) o futuro (gastos en que será necesario incurrir, luego de la sentencia, para el mantenimiento de las cosas deterioradas). (p. 40)



Por otro lado, Trazegnies (citado por Manzanares, 2008) sostiene “el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño”. (p. 43)

Stightz y Echevesti (Citados por Manzanares, 2008) en relación al lucro cesante señalan lo siguiente:

El lucro cesante puede ser tanto actual (privación de ganancias de un sujeto lesionado, por imposibilidad de trabajar desde el ilícito hasta la sentencia), como futuro (ganancias frustradas por la subsistencia de la incapacidad para laborar, más allá de la sentencia, o cuando la misma es permanente. (p. 44)

#### **1.2.2.1.1.2.2 DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES**

En relación al daño a la persona, Fernández y Woolcott (2018) señalan lo siguiente:

El “daño a la persona” comprende todas aquellas lesiones que atentan contra algún o algunos aspectos de la unidad psicosomática o del ejercicio de la ontológica libertad en que consiste el ser humano y sus consiguientes consecuencias, sean ellas extrapatrimoniales o personales o patrimoniales o extrapersonales. (p. 337, Vol. 2)

Fernández y Woolcott también resaltan lo siguiente:

El ser humano no se reduce a su soma o a su psique, sino que su ser es ser libertad. Si esta es la naturaleza del ser humano es fácil identificar cuál aspecto ha sido injustamente dañado. Existe una alternativa: o ha sido dañado en su libertad, más precisamente en su ejercicio fenoménico, en su proyección social, o ha sido perjudicado en algún aspecto de su cuerpo (o soma) o de su psique (p. 338, Vol. 2).

Los autores citados agregan finalmente que “La comprobación a la que hacemos referencia permite, por consiguiente, clasificar el daño a la persona en daño psicosomático y daño a su proyecto de vida, que es la concreción a su libertad en su proyección social (...)” (p. 338, Vol. 2).

Manzanares (2008) señala “en tanto el ser humano es una unidad psicosomática, los daños que se causen pueden incidir ya sea en su cuerpo en sentido estricto, o en su psique, o afectar su propia libertad”. (p. 54)

### **1.2.2.1.1.3 RELACIÓN CAUSAL**

Llamada también relación de causalidad o nexo causal, la relación causal es explicada así por Taboada (2005):

se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación de indemnizar. Esto significa que el daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor. (pp. 83-84)

Por su parte, Beltrán y Torres (2015) tienen una concepción muy similar a la del autor previamente citado:

La relación causal (...) es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Esta relación causal permite establecer entre una serie de hechos susceptibles, de ser

considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasionó el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados, cuales merecerían ser reparados. (p. 151)

Considerando las dos nociones de relación causal antes expuestas, en un caso de responsabilidad civil por mala praxis médica se tiene que establecer que los daños sufridos por el paciente tienen que ser consecuencia de la mala práctica médica.

#### **1.2.2.1.1.4 FACTOR DE ATRIBUCIÓN**

Al respecto, Mosset (2001) señala “Para que se genere el deber de reparar el daño causado no es suficiente la existencia de una conducta humana; no es bastante que dicho comportamiento sea antijurídico, se requiere algo más: que esa acción antijurídica sea imputable, atribuible al sujeto...” (p. 347)

En relación a los factores de atribución, Taboada (2005) señala:

Como se podrá apreciar fácilmente el sistema subjetivo de responsabilidad civil se constituye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo. (pp. 96-97)

Además, Taboada (2005) agrega:

La noción de culpa exige no sólo que se haya causado el daño a la víctima, sino el mismo sea consecuencia del dolo o la culpa del autor, pues caso contrario por más que se acreditara el daño y la relación causal, no habrá responsabilidad del autor. La culpa es, pues, el fundamento del sistema

subjetivo de responsabilidad civil y es por ello que dicha exigencia fluye claramente del artículo 1969° antes anotado. Sin embargo, ante la dificultad de probar en muchos casos la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, la doctrina moderna, y en tal sentido nuestro Código Civil, ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de modo tal que la víctima ya no estará obligada a demostrar la culpa del autor, lo cual es por regla general bastante difícil, sino que corresponderá al autor del daño mostrar su ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual en el sistema legal peruano, fluye claramente del mismo artículo 1969°, cuando dispone: 'el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor', lo que significa nítidamente que se presume la culpa del autor del daño causado. Conviene precisar que este artículo contiene un gravísimo error de redacción, por cuanto no puede interpretarse, como lo señala literalmente el artículo que se presume el dolo del autor. (Taboada, 2005, pp. 97-98)

Por otro lado, Taboada (2005) advierte que dentro de un sistema objetivo la relevancia que adquiere la noción de causa ajena invalida a la ausencia de culpa:

dentro de los sistemas objetivos la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal (...). Conviene precisar que el sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende que en los casos de daños causados a través de bienes o

actividades riesgosos, no exista culpa del autor, pues ello sería absurdo e irreal. Lo único que se pretende es hacer una total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo tal que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la calidad de bien o actividad como una riesgosa. (pp. 100-101).

Finalmente, el propio Taboada (2005) resalta como se utilizan tanto en el sistema subjetivo como objetivo, respectivamente, la ausencia de culpa y la fractura causal:

El sistema subjetivo permite utilizar la ausencia de culpa y la fractura causal como mecanismo liberador de responsabilidad civil, mientras que el sistema objetivo permite utilizar únicamente la fractura causal, por supuesto siempre y cuando los daños estuvieren acreditados, por cuanto si no hay daño, no existe responsabilidad civil de ninguna clase. (p.101)

En relación al factor de atribución en la responsabilidad civil médica, Mosset (2001) señala:

Situamos la responsabilidad médica en el terreno contractual, al menos como regla; en él priva la imputación a título subjetivo. El hecho médico puede, en consecuencia, responsabilizar a su autor con base en alguno de los tres factores recordados, que apuntan a la conciencia, a la psiquis: culpa, dolo y malicia.

(...)

Si se demuestra que el médico abandono al paciente, lisa y llanamente, en un momento que necesitaba el servicio antes convenido, será ése un incumplimiento “a sabiendas” o consciente y, por tanto, doloso. Si se

prueba que el médico quiso el daño, que su intención era lesionar, mutilar o matar al enfermo, estaremos ya en el terreno de la responsabilidad civil, ante un incumplimiento malicioso de su deber de atención. (p. 349)

Con relación a la culpa, LLambías (citado por Lorenzetti, 2006) señala: ...para el Derecho la culpa constituye un tipo de imputación que se caracteriza por la ausencia de malicia. Si se me reprocha lo obrado por mi culpa no es por mi mala voluntad, (...) sino por el descuido, negligencia, impericia, desidia, indolencia, imprevisión, que ha presidido mi actividad. Estaba precisado a obrar correctamente por un deber, no sólo moral sino jurídico, y en cambio mi proceder ha sido desacertado. (p. 139)

#### **1.2.2.1.2 RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Habiendo realizado una breve descripción de los elementos de la responsabilidad civil, seguidamente desarrollaremos, concretamente, la responsabilidad civil médica, es decir, la responsabilidad de los profesionales y/o establecimientos de salud por mala praxis médica.

Fernández y Woolcott (2018) advierten que la doctrina mayoritaria sostiene que no existe responsabilidad profesional concreta y, en consecuencia, tampoco responsabilidad médica:

para el sector dominante de la doctrina se considera, en primer lugar, que no existe una específica responsabilidad profesional y, por lo tanto, médica. Es decir, no aparecen en la legislación comparada elementos propios que sean diversos a los de la culpa en general. De ahí que se sostenga que la responsabilidad civil de los médicos es tan solo la aplicación de la responsabilidad civil por daños a las relaciones jurídicas en las que son parte los profesionales y los médicos en particular. En estos casos, por

consiguiente, son de aplicación los principios generales que rigen la materia de responsabilidad civil por daños. (p. 388, Vol. 2)

Existen ciertos aspectos en torno a la responsabilidad civil médica que se ha venido discutiendo durante mucho tiempo y en los que, en cierto modo, se ha llegado doctrinariamente a un consenso, sin que ello signifique que estemos ante afirmaciones absolutas. En relación con consenso, Fernández y Woolcott (2018) afirman:

se viene sosteniendo en la doctrina nacional en relación a la responsabilidad civil médica como son: a) la responsabilidad civil médica se considera generalmente de carácter contractual, b) el factor de atribución de la responsabilidad civil es, por regla, la culpa, salvo los casos excepcionales de imputación objetiva, c) que la carga de la prueba incumbe al paciente, sin embargo, esta afirmación ha sido revisada por la doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado, donde se encuentra soluciones más favorables para la víctima del daño; y, d) que el médico no se obliga a curar, es decir, a obtener un resultado favorable para el paciente, sino tan solo a poner todos los medios a su alcance tendentes a alcanzar este objetivo. Es decir, la obligación del médico, sería de medios y no de resultado. (pp. 388-390, Vol. 2)

Al respecto, Lorenzetti (2006) señala que "..., no hay duda de que en general, se celebra entre el médico y el paciente un contrato y que, en consecuencia, la responsabilidad emergente será de esa índole". (p. 137)

#### **1.2.2.1.3 OBLIGACIÓN DE MEDIOS U OBLIGACIÓN DE RESULTADOS**

Uno de los aspectos que más se ha debatido respecto a la responsabilidad civil médica es determinar si la obligación que asumen los médicos con el

paciente es una obligación de medios o es una obligación de resultado.

Fernández y Woolcott (2018) señalan al respecto:

la distinción entre obligaciones de medios o de actividad, como también se les suele designar, y obligaciones de resultado, es que solo en estas últimas hay un resultado efectivamente ofrecido y comprometido, de manera que el deudor solo queda liberado mediante la obtención de dicho resultado. En las obligaciones de medios, por el contrario, el resultado no es ofrecido o asegurado por el deudor, aunque su actividad esté dirigida u orientada a la realización de un cierto resultado". Asimismo, los mencionados autores señalan que "(...), por las obligaciones de medios, el médico se compromete a procurar, sin omisiones, todo lo que la ciencia médica pone a su alcance para obtener una mejoría en la salud del paciente. El médico se obliga no a curar necesariamente al enfermo sino a proporcionarle diligentemente todos los cuidados y atenciones que requiera según el estado de la ciencia y la técnica médicas. En otros términos, el médico no se obliga a obtener, siempre y necesariamente, un resultado que sería el de curar al enfermo. (p. 203, Vol. 2)

La distinción entre obligación de medio y obligación de resultado gravita en función de la prueba. En ese sentido, Fernández y Woolcott (2028) resaltan:

la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado suele gravitar en el tema relativo a la responsabilidad del profesional y, concretamente, en el campo de la prueba. Es así que, tratándose de una obligación de medios o de actividad, es el acreedor de esta obligación el que debe aportar la prueba de que el deudor de la misma no ha actuado conforme a la *lex artis*, es decir, que no ha cumplido con desarrollar una



conducta de acuerdo al estándar requerido en el caso específico de que se trate”. Asimismo, “(...) el paciente debe probar, entre otros extremos, que el diagnóstico estuvo equivocado, que la terapia no fue la adecuada, que el pronóstico estuvo desacertado, que actuó con imprudencia o falta de diligencia, que contravino, de alguna manera, la *lex artis*. El médico, por su parte, debe probar que actuó con diligencia, aplicando, prudente y diligentemente, las más actualizadas técnicas de la ciencia médica, que desplegó todos los esfuerzos posibles para obtener la curación del enfermo, que el tratamiento fue el idóneo, que la atención fue de calidad, que el pronóstico era el correcto”. Por otro lado, “en el supuesto de las obligaciones de resultado, en cambio, es el profesional médico el que aporta la prueba. Es él el que debe demostrar que el compromiso se cumplió tal como fue ofrecido o, si él no se alcanzó, se debió a causas extrañas a su voluntad como fuerza mayor o caso fortuito o debido a la acción de un tercero. Puede también darse el caso que el paciente no cumplió con las indicaciones impartidas por el médico en el curso del tratamiento. (p. 204, Vol. 2)

Si bien mayoritariamente se sostiene que las obligaciones que asumen los médicos son obligaciones de medios y no de resultados, en ciertas prácticas médicas se considera que sí sería obligación de resultado. Como advierten Fernández y Woolcott (2018):

con relación a la “medicina satisfactiva o voluntaria” no hay unanimidad de criterios en la doctrina ni en la jurisprudencia para determinar que el compromiso que asume el médico frente a su paciente constituye una obligación de resultado. En este campo de la medicina se suele ubicar la

cirugía estética, odontología, vasectomía, tratamientos de fertilidad y ligadura de trompas. En términos generales, un sector de la doctrina se inclina por considerar que en estos casos se configuran unas obligaciones de resultado, salvo que se trate de corregir deformidades físicas que afectan psíquica y funcionalmente a la persona del paciente, ante lo cual, el médico asume una obligación de medios. (pp. 222-223, Vol. 2)

Al respecto, Mosset (2001) señala:

El médico no se obliga, normalmente, a llegar a un final feliz, a que el enfermo recupere la salud, supere la dolencia que le aflige, sea clínica o quirúrgicamente. Se obliga, como hemos visto, a cumplir con un “paquete” de deberes, principales y accesorios, dirigidos precisamente, a ese propósito o finalidad. (p. 311)

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes que corresponden al presente apartado, existe cierto sector en la doctrina que considera a la distinción de obligación de medios y obligación de resultado como teóricamente inconsistente. Tal es la posición, por ejemplo, de De Trazegnies (2006):

esa distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados es muy efectista y cómoda para argumentar frente a ciertas situaciones, pero pierde consistencia desde el momento en que se coloca bajo riguroso análisis teórico. ¿Qué es realmente una obligación de medios? Cuando una persona contrata a un médico para que lo atienda, no quiere que le administre unas pastillas, le ponga unas inyecciones y le haga unos masajes, lo que quiere ese paciente es que el médico lo cure. Todo lo demás no son sino medios para llegar a ese fin deseado. Y nadie en su sano juicio tiene como objetivo un medio, sino un fin: un medio por sí solo,

independiente del fin al que sirve, es algo inconcebible racionalmente. En realidad, hablar de obligaciones de medios implica incurrir en una *contradictio in substantia*; porque es tratar como fines a los medios. Por tanto, en toda obligación llamada de medios hay ciertamente un fin implícito, que es el verdadero objeto del contrato. (p. 385)

Lo que sucede es que dentro de cierto tipo de servicios, la obtención efectiva del fin está rodeada de más imponderables que en otros casos, hay más probabilidades que el fin no se logre cumplir; y ese incumplimiento no obedece necesariamente a dolo o culpa del obligado sino a una imposibilidad material de obtener el fin perseguido. (De Trazegnies, 2006, p. 385)

#### **1.2.2.1.4 LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Uno de los mayores problemas que ha surgido en el ámbito judicial respecto a la responsabilidad civil médica es si la prueba puede acreditar de manera suficiente que la actuación de los profesionales médicos no ha sido conforme a la *lex artis*. Como advierten Fernández y Woolcott (2018):

A nadie pasa desapercibida la dificultad que tiene la víctima en lo atinente a la probanza de un daño originado por la conducta de un profesional médico. Ello sucede, frecuentemente, en la medida que el paciente es ajeno, del todo extraño, a lo que acontece en el cerrado ámbito de una sala de operaciones ya que, generalmente, se halla inconsciente durante la intervención médica por lo que no puede registrar ninguna actividad. La víctima, en esa circunstancia, ignora todo lo que ocurrió en ese trance. Además, debe tenerse presente que el enfermo que ha sufrido un daño, por ser un profano en la materia, carece de conocimientos técnicos

suficientes para evaluar la real responsabilidad del médico. Su situación, por lo tanto, se halla en clara desventaja para los efectos de la actuación de la prueba. (p. 441, Vol. 2)

El gran inconveniente que se presentan en estos casos es que no siempre las víctimas, que intentan reclamar una indemnización por un daño sufrido a raíz de una intervención médica, logran superar los a menudo insalvables obstáculos constituidos por la prueba de la culpa del médico. (...) dada la insalvable dificultad que puede presentarse en la probanza directa de la culpa, el juez, sobre la base de datos empíricos, es decir, de indicios puestos de manifiesto por el actor, puede concluir que el daño no se habría producido de no mediar una determinada culpa del médico. (Fernández y Woolcott, 2018, pp. 442-443, Vol. 2)

Por otro lado, Fernández y Woolcott (2018) también resaltan la preponderancia que ha adquirido el término “carga probatoria dinámica”:

En la actualidad, dentro de la disciplina procesal, viene imponiéndose el concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es de excepción, dentro del cual se hace recaer esta en cabeza de quien se encuentre en mejor o más ventajosa situación para probar los hechos. Así, corresponderá al demandante o al demandado aportar la prueba correspondiente, bien de la culpa o de la ausencia de culpa. (p. 443, Vol. 2)

Debemos advertir que se ha discutido mucho respecto a la prueba de la culpa médica, su dificultad para probar en relación a la víctima. No obstante, considero que antes de evaluar la prueba en relación a la culpa se debe evaluar la prueba en relación al hecho generador del daño, es decir, si el procedimiento médico fue correcto o no, si la intervención quirúrgica realizada

respetó los estándares necesarios, si el tratamiento médico fue adecuado o no. Una vez determinado que el procedimiento no fue correcto o que la intervención quirúrgica se realizó sin respetar los estándares mínimos y necesarios, corresponde evaluar si el daño causado al paciente es consecuencia de la mala práctica médica, esto es, determinar su nexo causal.

Es posible que la parte demandada alegue como defensa que se trata de una situación imprevisible o para un determinado procedimiento médico existan opiniones diferentes. Al respecto, Lorenzetti (2006) señala:

..., es innegable la existencia de un contenido fortuito, o al menos imprevisible para el estado actual de la ciencia médica. Sin perjuicio de ello, también es cierto que se observa, cada vez más, un aumento de la posibilidad de control de tales contenidos, y una disipación concomitante de la fatalidad en la ciencia médica, lo que lógicamente debe ser tenido en cuenta al juzgar. Por otra parte, se hace necesario evitar un abuso de invocación de esta eximente, interpretando con mayor rigor los diversos casos en los cuales se apela a ella, ya que en la mayoría de las causas judiciales sirve para encubrir una negligencia.

(...)

Se ha pretendido también acentuar el carácter conjetural de la ciencia médica, con la alusión a opiniones divergentes sobre una misma cuestión. Respecto a ello, y sin perjuicio de una mayor profundización, ya dijimos que en la práctica profesional presenta un terreno firme y normalizado en la elaboración de diagnóstico y en las terapéuticas más comunes, lo que en la mayoría de los casos enerva la afirmación aludida. (p. 132)

#### **1.2.2.1.5 LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL PERÚ**

La discusión respecto a la prueba está vinculada al factor de atribución subjetiva, esto es, la culpa. En nuestro ordenamiento civil “Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor” (Código Civil, 1984, art. 1329). Del mismo modo, también establece que “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (Código Civil, 1984, art. 1330). Si consideramos que la responsabilidad que asume el médico respecto en relación al paciente es una de carácter contractual, la prueba respecto a la culpa grave o dolo del médico le correspondería, por lo tanto, a la víctima. En tanto, el médico tendría la carga de probar la ausencia de culpa para desvirtuar la presunción de culpa leve.

No hay que olvidar también que en nuestro ordenamiento civil “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” (Código Civil, 1984, art. 1762).

En virtud de lo señalado en el párrafo precedente, si consideramos pertinente aplicar el artículo 1762 del Código Civil debido a que el médico es un profesional y que la prestación de servicios médicos muchas veces se ejerce con relativa dificultad, no correspondería aplicar el artículo 1329 del Código Civil que se refiere a la culpa leve, caso en el cual la parte demandante no tendría más remedio que probar la culpa inexcusable o el dolo del causante del daño.

No obstante, es preciso señalar que en nuestro país “Los profesionales, técnicos y auxiliares (...) son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades” (Ley General de Salud, 1997, art. 36). En tal sentido, esta referencia específica a los profesionales, técnicos y auxiliares en el servicio de salud no hace referencia a grados de culpa, por lo que al tratarse de una disposición especial debe prevalecer frente a la disposición general señalado en el artículo 1762 del Código Civil.

Por otro lado, si la demanda de responsabilidad civil médica está dentro del marco normativo de la responsabilidad civil extracontractual, la disposición normativa aplicable sería el artículo 1969 del Código Civil. Tal es la opinión de Fernández y Woolcott (2018):

Las consideraciones precedentes no presentan dificultad si la relación médico-paciente es de origen contractual ya que los arts. 1329, 1330 y 1762 se refieren al incumplimiento de una prestación que surge de un contrato. Pero ello nada prescriben si la responsabilidad del médico ocurre fuera del marco de una relación contractual (...).

Si entre el médico y la víctima no media un contrato y la responsabilidad es extracontractual, la norma aplicable sería el artículo 1969 del CC peruano. Este numeral dispone que aquel que por su dolo o culpa causa un daño a otro debe indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa, según el mismo numeral, corresponde a su autor. (p. 459, Vol. 2)

Voy a insistir en que nos hemos preocupado más en la prueba vinculada a la culpa del causante del daño. Existen disposiciones normativas que presumen la culpa, favoreciendo a las víctimas del daño. Sin embargo, como

se dijo antes, lo que se debe analizar inicialmente es la conducta o comportamiento médico, es decir, cuál fue el procedimiento médico que se realizó y determinar si ese procedimiento fue idóneo o no. Considero que lo señalado es más importante y en donde no cabe establecer presunciones. Admito la posibilidad de las presunciones en relación a la culpa, pero no admito la posibilidad de presumir la mala práctica médica, lo cual tiene que estar debidamente probado.

#### **1.2.2.1.6 LA TEORÍA DEL RES IPSA LOQUITUR**

En el sistema del *common law* se ha estado desarrollando una doctrina que pretende dar solución a los casos en los que advierten un daño causado, pero no se sabe cómo sucedió el hecho. Bullard (2005) opina que la teoría del *res ipsa loquitur* “permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas, siempre que el demandante cumpla con probar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina” (p. 221). El mismo Bullard agrega:

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur*, y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el juez está en capacidad de declarar la negligencia del demandado y por lo tanto ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos. (p. 221)

Para poder aplicar la doctrina, Bullard (2005) resalta que el demandante deberá acreditar lo siguiente:



**A. Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien**

Ello significa que sobre la base de las reglas de la experiencia y el sentido común o sobre la base de la opinión de expertos, se puede llegar a la conclusión que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

(...)

**B. Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada**

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo, evidentemente, la negligencia del demandado.

(...)

**C. El hecho debe estar en la esfera de control del demandado**

[E]l hecho de que “el demandado tenga control exclusivo” implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

(...), el demandante deberá comprobar que, la causa del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona. Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. (pp. 224-225)

Las razones por las que aparece esta teoría del *res ipsa loquitur* son resaltadas por Bullard (2005):

Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente imposible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces surgen incentivos para que esa parte oculte o en todo caso contribuya poco en identificar los elementos que acrediten qué fue lo que lo ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco, esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante ausencia de pruebas. (p. 226)

Pongamos un ejemplo de cómo se aplicaría la doctrina del *res ipsa loquitur*. Un joven paciente ingresa a una clínica para ser sometido a una intervención que no implica alto riesgo, como lo es una operación de apéndice. El joven decide someterse a dicha intervención porque tiene que realizar un largo viaje y no desea tener complicaciones al respecto. Entonces, antes de la operación, le realizan las evaluaciones correspondientes, le informan que no hay ningún problema y puede ser sometido a la operación. La persona decide someterse a dicha intervención. Sin embargo, horas después aparece en la sala de cuidados intensivos en estado grave o, peor aún, muere en la sala de operaciones. Al interponer la demanda, la víctima o los herederos del paciente deciden invocar la doctrina del *res ipsa loquitur*, ya que al ser una figura que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico tiene que ser invocado

por la parte, debidamente sustentado y, por lo tanto, no corresponde aplicarla de oficio.

Invocada la teoría del *res ipsa loquitur*, el demandante tendrá que sustentar que el daño no se hubiera producido sin la negligencia de alguien. En el ejemplo planteado, si una persona ingresa para una intervención de rutina que no implica mayor complejidad y luego se encuentra en estado grave en la unidad de cuidados intensivos, entiendo que alguien realizó algo que no debe o alguien no hizo algo que debió hacer. Asimismo, se debe descartar otras posibles causas distintas de la negligencia del demandado como causas posibles. Por último, que el hecho se encontraba en la esfera de control del demandado, es decir, todo sucedió dentro de la clínica. A partir de tales argumentos se puede inferir que el demandado fue negligente.

Como se puede advertir la doctrina del *res ipsa loquitur* constituye una herramienta de gran utilidad en aquellos casos donde no se sabe exactamente que sucedió. Implica una construcción de una argumentación racional y lógica que permita una adecuada motivación de la resolución judicial.

#### **1.2.2.1.7 LA HISTORIA CLÍNICA**

El documento que resulta importante en todo proceso en el cual se discute la negligencia médica es, sin duda alguna, la historia clínica. Fernández y Woolcott (2018) la definen del siguiente modo:

una exacta y minuciosa descripción documental de los procesos patológicos que afectan a un determinado paciente durante un cierto tiempo. En ella el médico debe consignar, con la mayor fidelidad y precisión posibles, toda la información referente a los antecedentes personales y familiares del paciente en lo que atañe a las enfermedades, vacunaciones,

intervenciones quirúrgicas, tratamientos, así como otros datos vinculados con su pasado. En ella, con los mismos requisitos de fidelidad, se hará alusión a cada uno de los procesos de atención a cargo del médico, con indicación de los síntomas que presenta en la actualidad y su consiguiente evolución. (p. 473, Vol. 2)

Se trata de un documento veraz de la mayor importancia para reconstruir, según el caso, el proceso de enfermedad que aquejó a un cierto paciente. En la hoja clínica aparecen, entre otros datos, los síntomas y el diagnóstico de la enfermedad, el tratamiento que se le ha dado, las medicinas que se han suministrado al paciente, las situaciones propias de la evolución de la salud del enfermo, las complejidades o secuelas del mal de que trata. En síntesis, el acto médico debe estar sustentado en la historia clínica. (Fernández y Woolcott, 2018, p. 474, Vol. 2)

La historia clínica se constituye formalmente como un legajo identificado a través de los datos personales del paciente, tales como su nombre, su identificación, su domicilio, el nombre de un familiar responsable, entre otros. En este legajo, como está dicho, se procede a registrar, paso a paso, todas las actuaciones médicas. En ella se consignan, generalmente en una primera entrevista, los datos que brinda el paciente, la misma que tiene el carácter de constituirse en una declaración de parte. En la mencionada historia clínica se inscriben los registros del tratamiento, las indicaciones de los médicos tratantes, las derivaciones a especialistas, las determinaciones quirúrgicas. En la historia clínica quedan debidamente asentadas la continuidad del tratamiento, las interrupciones y la orden de alta. En ella también se registra el seguimiento de la dolencia y los progresos y

retrocesos que experimentan la salud del paciente y su correspondiente interpretación médica. (Fernández y Woolcott, 2018, p. 474, Vol. 2)

Es preciso recordar que “El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados para resolver el problema de salud diagnosticado (...)”. (Ley General de Salud, 1997, art. 29)

La historia clínica debe ser cuidadosamente elaborada, contener todos los datos antes enumerados y aquellos otros que pudieran ser pertinentes según los casos sometidos a conocimiento del médico. Dada la importancia de la historia clínica ella debe ser completa, aparte de veraz. Una historia clínica insuficiente o mal elaborada, con vacíos o imprecisiones, puede ser, en muchas situaciones, el primer eslabón de una cadena de posteriores errores. (Fernández y Woolcott, 2018, p. 476, Vol. 2)

La historia clínica sirve como un elemento indispensable para el control de calidad y la corrección del tratamiento brindado al enfermo, así como para documentar todos los aspectos del proceso seguido por la enfermedad. Desde este punto de vista puede ser un instrumento de prueba muy importante en caso del surgimiento de un conflicto a raíz de un tratamiento médico o de una intervención quirúrgica. (Fernández y Woolcott, 2018, p. 477, Vol. 2)

Fernández y Woolcott (2018) resaltan la importancia de la historia clínica como instrumento que permite determinar la responsabilidad de los médicos:

la historia clínica, concebida como la instrumentalización de las diversas secuencias médicas en la vida del paciente, se constituye como un documento trascendental para determinar, cuando ello fuere necesario, la responsabilidad

del médico en los daños producidos en el enfermo. Se constituye como un elemento probatorio de primer orden. Por ello, no puede negarse el historial clínico cuando sea solicitado por la autoridad judicial competente, tanto si se reclama a un establecimiento de salud público como privado, así como al médico que ejerce independientemente su profesión. (p. 477, Vol. 2)

Con fecha 17 de agosto de 2019 se publica en el diario oficial “El peruano” el Acuerdo N° 006-2019: precedente administrativo de observancia obligatoria sobre las acciones a adoptar cuando se reporta la pérdida de la historia clínica dada por el Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD, en el cual señalan en su parte introductoria lo siguiente:

La historia clínica, también denominada ficha clínica, es uno de los elementos más importantes de la relación médico paciente, en tanto que es una de las formas de registro del acto médico, cuya práctica es obligatoria y tiene el carácter de documento irremplazable, además de ser privado y de pertenecer al paciente. Representa la recolección organizada de diversos datos personales en el contexto de la atención de salud y principalmente para esa finalidad.

Asimismo, en el mencionado precedente en la parte de análisis numeral 11, se señala:

Otro aspecto a tener en cuenta es el carácter de documento médico con implicancias jurídicas, o dicho de otra manera, la historia clínica es un documento médico legal; ya que reúne condiciones que la hacen necesaria en este sentido; su carácter descriptivo en las anotaciones, aglutinador de distintas atenciones recibidas y pruebas realizadas, así como su rigor científico y presunción de veracidad de cuanto allí se contiene.

### **1.2.2.1.8 LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.**

Al respecto, Fernández y Woolcott (2018) señalan:

El régimen de responsabilidad administrativa de los profesionales de la salud ha seguido la pauta fijada por la Ley General de Salud, Ley N° 26842, para el caso de la responsabilidad civil, al establecer el criterio de imputación subjetivo también para la responsabilidad administrativa, es decir, la culpa como fundamento de la responsabilidad de dichos profesionales, tal como es para la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico nacional. (p. 83)

Así, el artículo 68.1 del código de protección y defensa del consumidor-Ley N° 29571, establece que: El establecimiento de salud es responsable por las infracciones al presente Código generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñan en el referido establecimiento sin perjuicio de las responsabilidades que les correspondan a estos.

Asimismo, Fernández y Woolcott (2018) precisan:

Si la norma del art. 68.1 se refiere directamente a la responsabilidad del establecimiento de salud por el hecho de los profesionales que prestan sus servicios a los pacientes, alude también a que dicha responsabilidad surge cuando dichos prestadores de servicios han incurrido en infracciones al régimen del consumidor con negligencia, imprudencia o impericia. La norma no establece diferencia en cuanto a si los prestadores de servicios se encuentran bajo relación de dependencia o no. De manera que debe entenderse la cobertura de la responsabilidad

administrativa del establecimiento de salud para todos los casos de infracciones al Código del Consumidor en que incurra dichos profesionales sean estos dependientes o no cuando hayan obrado con culpa. (p. 83)

Para el caso de los profesionales que incurren en la infracción al Código del Consumidor y no se encuentran en relación de dependencia con el establecimiento de salud, se ha dispuesto en el art. 68.2 que este responde por aquellos hechos de dichos profesionales de manera solidaria. Es decir, en este supuesto, nos encontramos ante dos responsabilidades, la del establecimiento y la de los profesionales infractores del Código que no tienen relación de dependencia... (Fernández y Woolcott, 2018, p. 84)

Así, el artículo 68.2 del código de protección y defensa del consumidor-Ley N° 29571, establece que “El establecimiento de salud también es responsable por los actos de los profesionales que de manera independiente desarrollen sus actividades empleando la infraestructura o equipos del primero, salvo que el servicio haya sido ofrecido sin utilizar la imagen, reputación o marca del referido establecimiento y esa independencia haya sido informada previa y expresamente al consumidor (...). La responsabilidad del establecimiento de salud conforme a esta norma es solidaria”.

### **1.2.3 BASE PROCESAL**

#### **1.2.3.1 SISTEMAS PROCESALES**

Para poder entender la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica es necesario realizar una breve descripción de los sistemas procesales. A tal efecto, se sostiene que “el sistema procesal es el método de



enjuiciamiento que rige en una sociedad determinada, constituyendo el punto de arranque de toda su estructuración jurisdiccional” (Calvinho, 2008b, p. 78)

Históricamente se ha estudiado dos sistemas procesales: el dispositivo y el inquisitivo.

#### **1.2.3.1.1 SISTEMA DISPOSITIVO**

Se trata de un sistema que confiere a las partes del proceso el dominio del mismo. Sobre este sistema, Calvinho (2008b) expresa:

el sistema acusatorio –en materia penal– o dispositivo –en materia no penal– consiste en un método de en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica ante un tercero imparcial que actúa en carácter de autoridad, conduciendo el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. (p. 82)

Por su parte, Alsina -citado por Calvinho, 2008b- señala:

el sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento, aceptándose como sus reglas fundamentales a las siguientes: el juez no puede iniciar de oficio el proceso –*nemo iure sine actore*–; no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes –principio de presentación: *quod non est in actis non est in mundo*–; debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuviesen de acuerdo –*ubi partis sunt concordés nihil ab iudicem*–; la sentencia debe dictarse conforme a lo alegado y probado –*secundum allegata et probata*– y el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda –*ne eat ultra petita partium*–. (p. 84)

En tal sentido, conforme al sistema dispositivo el juez no tendría facultades probatorias como la prueba de oficio ni tampoco podría alterar las reglas de la carga de la prueba.

#### **1.2.3.1.2 SISTEMA INQUISITIVO**

En este sistema la autoridad es el eje del proceso, dado que pretende otorgarle mayores facultades al juez. Calvino (2008b) señala que este sistema “consiste en un método de enjuiciamiento de carácter unilateral donde la autoridad es su eje dado que tiene plenas facultades para acusar, investigar, probar y juzgar” (p. 85). Este mismo autor precisa:

es un método de enjuiciamiento antagónico al sistema acusatorio o dispositivo, cuyas principales características eran el impulso oficioso, la escrituralidad, el secreto de las actuaciones, la confusión en una misma persona de las tareas de acusar, probar y juzgar, siendo primordial la búsqueda de la denominada “verdad real” –motivo por el cual adquirió relevancia la confesión, probatio probatissima, llegando incluso a instrumentarse y regularse la tortura con el objeto de obtenerla, si no se la prestaba espontáneamente. (p. 87)

Desde el punto de vista del sistema inquisitivo, el juez sí tendría facultades para incorporar prueba de oficio e incluso facultades para alterar las reglas de la carga de la prueba, ya que tiene como banderas la búsqueda de la verdad real y de la justicia.

En el Perú, el Código Procesal Civil tiene rasgos de ambos sistemas. Inclusive, hay quienes consideran que tenemos un sistema mixto. Este supuesto sistema mixto es criticado por cierto sector de la doctrina en razón de

que es una mezcla de métodos antagónicos que resultan ideológica, moral y jurídicamente incompatibles. Al respecto, Calvinho (2008b):

este híbrido –desde el punto de vista estructural y funcional –comparte con el sistema inquisitivo el rol central de la autoridad, dándole tantas facultades que dejan a su merced la posibilidad de ofrecer y producir prueba de oficio y con ello involucrarse en el debate. De tal manera, la imparcialidad y la igualdad de armas de los contendientes quedan en jaque, a la vez que el ejercicio del derecho a la defensa se hace más dificultoso y poco nítido, por lo que no puede comportarse como pleno resguardo de garantías y derechos fundamentales de las personas. (p. 91)

El propio Calvinho (2008b) pone de manifiesto las discrepancias que existen entre aquellos que exigen mayores atribuciones para los jueces y los que proclaman mayor protagonismo para las partes procesales:

el procesalismo de comienzos del siglo XXI mantiene el debate entre posturas que confían en los jueces y reclaman para ellos mayores atribuciones –básicamente rotuladas como publicistas o activistas– y posiciones que piden un mayor protagonismo para las partes e irrestricto respeto a las garantías constitucionales –conocidos como privatistas o garantistas–. Sin embargo, esta discusión se viene librando en el campo de las cuestiones ligadas con el grado de poder que deben tener los jueces. (p. 93)

La doctrina que propugna el activismo judicial, que tiene como bandera la búsqueda de la verdad material y de la justicia, justifica que el juez tenga iniciativa probatoria como el de incorporar pruebas de oficio, así como variar las reglas legales de la carga de la prueba. Por su parte, la doctrina del garantismo

procesal tiene como bandera el irrestricto respeto de los derechos constitucionales, por lo que se opone a la prueba de oficio, pues considera que esta afectaría el principio de imparcialidad judicial, así como al respeto de las reglas de la carga de la prueba conforme al ordenamiento jurídico. Sobre estas posiciones enfrentadas, Gozáni -citado por Parodi, 2005- dice:

El proceso es un problema entre las partes y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, “*nemo iudex sine actore*” y “*ne procedat iudex ex officio*”, es decir, que no hay proceso sin petición de parte y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre partes” y agrega: “La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades. (p. 59)

En el activismo judicial, al que se identifica con la publicización del proceso, el juez actúa como el director del proceso e incluso lo impulsa; aunque las partes no lo soliciten, tiene iniciativa probatoria e indaga a través de ella y hasta donde sea posible, la verdad material, es decir, la realidad de los hechos ocurridos para expedir una sentencia que dentro de la ley los aprehenda y constituya no solo la aplicación de la ley, sino de la tendencia a la justicia (Parodi, 2005, pp. 59-60)

### **1.2.3.2 EL DERECHO A LA PRUEBA**

Entendemos al proceso como un instrumento que busca garantizar el respeto a los derechos individuales de las personas. Uno de esos derechos fundamentales de índole procesal que debe ser respetado y garantizado es el derecho a la prueba. A tal efecto, Montero (2013) señala:

El derecho a la prueba es un verdadero derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental. Además, sostiene que cuando se dice que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal lo que se está diciendo realmente es que no se trata de un derecho ilimitado, puesto que el mismo debe conformarse por el legislador ordinario, de modo que éste ha de atender a su configuración tanto desde una perspectiva propia de la función de la prueba en el proceso, lo que se han llamado requisitos intrínsecos de la prueba (pertinencia, utilidad, licitud), como desde otra relativa a las circunstancias del tiempo y de forma que regulan la prueba, que son los que se han llamado requisitos extrínsecos. (p.43)

Gascón y García (2005)- resalta que probar algo significa “desarrollar un *test* de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado como ‘se cometió el acto x’ y una serie de enunciados sobre el presente que son congruentes con el primer enunciado” (p. 179). De esta manera, “el *test* de coherencia nos permite mediante la acumulación de algunos testimonios y hechos del presente acceder a conocer con un alto grado de probabilidad lo que sucedió en el pasado” (Gascón y García, 2005, p. 179). Hay que tener en cuenta, además, que en determinados ámbitos del derecho “se articulan elementos como la carga de la prueba (*onus probandi*) o esquemas de presunciones para facilitar la labor interpretativa o conseguir ciertos objetivos” (p.180).

Según lo expresado en el párrafo precedente, es importante advertir que en el ámbito de un proceso civil probablemente no existirá una prueba que acredite de manera directa un determinado hecho. En tal situación, se tendrá que recurrir a mecanismos indirectos como son los indicios y las presunciones para lograr generar convicción en el juez respecto a determinados hechos.

### 1.2.3.2.1 CONTENIDO DEL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba está conformado por un conjunto de manifestaciones en el desarrollo de un proceso. Al respecto, Montero (2013) señala que el derecho a la prueba se puede sistematizar de estas seis maneras:

- a) A proponer prueba: La primera manifestación es la de que todas las partes han de tener la posibilidad de proponer medios de prueba, de modo que, existiendo en un proceso hechos controvertidos, no podrá negarse la posibilidad misma de que las partes propongan la prueba (...).
- b) A la admisión de los medios de prueba propuestos: Los medios de prueba propuestos por las partes deben ser admitidos por el órgano judicial siempre que se respeten los requisitos intrínsecos y extrínsecos (...).
- c) A la práctica de los medios de prueba admitidos: Si un medio de prueba ha sido admitido, se entiende por cumplir los requisitos legales, la falta de práctica del mismo, siempre que no se deba a negligencia de la parte que lo propuso, debe conformar la vulneración del derecho (...).
- d) A la intervención efectiva en la práctica de todos los medios de prueba: Los medios de prueba deben practicarse conforme a lo dispuesto en la ley y uno de los elementos básicos de esa práctica es la intervención de las partes, de las dos, tanto de la que ha propuesto el medio como de la contraria. Naturalmente cuando la ley permite que el juez practique medios de prueba de oficio las partes mantienen su derecho a intervenir en esa práctica (...).
- e) A la motivación de todas las decisiones sobre admisibilidad de medios de prueba: El derecho a la prueba no ha podido privar al órgano judicial que está conociendo del proceso del control de la concurrencia de los requisitos

intrínsecos, entre los cuales destacan la legalidad, la pertinencia y la utilidad, pero el derecho sí comprende la necesidad de que el órgano judicial motive razonadamente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

- f) A la valoración de todos los medios de prueba practicados: El derecho a la prueba sólo adquiere sentido si todas las pruebas practicadas son tomadas en consideración en la sentencia, de modo que si una prueba no es valorada se está negando el derecho. La valoración de la prueba corresponde al tribunal, pero todas las pruebas deben ser valoradas. (pp. 45-50)

Tener la bandera de la búsqueda de la verdad y la justicia no puede vulnerar el contenido esencial del derecho a la prueba. Alcanzar la verdad a todo trance significaría pasar por alto cada uno de los derechos que compone el derecho a la prueba. Y esto no cabe en un estado constitucional de derecho.

#### **1.2.3.2.2 EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL**

Según este principio, cuando un determinado hecho se encuentra debidamente probado con los medios probatorios ofrecidos oportunamente y debidamente admitidos en su oportunidad, no interesa saber quién tenía la carga de probar tal o cual hecho. Lo importante es que se probó, es decir, independientemente quien los haya aportado al proceso lo importante es que el hecho está debidamente probado. Por lo tanto, queda claro que la regla de la carga de la prueba será importante tenerla presente cuando no haya prueba en

relación a un hecho, y donde el juez se preguntará quien debió probar y no lo hizo, asumiendo las consecuencias de su inacción.

El principio de adquisición procesal significa que ante la existencia de una relación jurídica al interior de un proceso, los actos procesales realizados producen efectos a quienes intervienen en el mismo, independientemente de quien los haya realizado. Esto tiene fundamental relevancia en relación a las pruebas, tal como lo resalta Montero (2013):

la carga de la prueba atiende de modo directo a la determinación de cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de que no se haya probado un hecho y de modo indirecto a la fijación de qué parte debe probar un hecho, pero la aplicación de las consecuencias de la carga sólo puede hacerse cuando ese hecho no ha sido probado. Si el hecho ha resultado probado no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba. (p.51)

El propio Montero (2013) afirma que la referencia al término “principio de adquisición procesal” fue dada a conocer por primera vez por el jurista italiano Chiovenda:

fue Chiovenda el primero que se refirió al que denominó –posiblemente de modo impreciso– principio de adquisición procesal, conforme al cual ‘las actividades procesales pertenecen a una relación única’, por lo que ‘los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes’. Se mantenga o no la teoría de la relación jurídica sobre la naturaleza del proceso, no puede negarse que éste es una única relación y, por lo mismo, los efectos de los actos procesales, independientemente de la parte que los realice, haya de referirse al conjunto del proceso (...).



(...) aunque el principio tiene un contenido general (si una parte interpone el recurso de apelación, éste se tramitará para los dos) es en la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que si un hecho ha sido probado, el juzgador tiene que partir de él en la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. (p. 52)

Finalmente, el propio Montero (2013) resalta que “el principio de adquisición despliega sus efectos con relación a las pruebas practicadas, es decir, sobre el resultado de la prueba, no respecto a las pruebas simplemente propuestas y admitidas”. (p.53)

### **1.2.3.3 LA CARGA PROCESAL**

En relación a la carga procesal, es preciso recordar lo señalado por Hurtado -citado por Canelo (2017)- dice:

la carga procesal está basada fundamentalmente en lo que se conoce como autonomía de la voluntad privada, el sujeto en el proceso no tiene la obligación de realizar determinados actos procesales, sino que la realización de los mismos depende de la decisión personal, es decir, que el sujeto ostenta la facultad de realizarlo, queda dentro de su dominio, de su libre albedrío la posibilidad de llevar a cabo el acto procesal. Ello nos lleva al correlato de los intereses que tiene cada sujeto en el proceso y que motivan la realización de los actos procesales, así si no realiza por propia voluntad (autonomía privada) un acto procesal, los intereses que el sujeto tiene en el proceso se podrían verse afectados, en cambio, si este realiza el acto procesal, estos intereses pueden verse reforzados o robustecidos. La inactividad procesal puede generar resultados adversos en el proceso

para aquel que no produjo determinado acto procesal, inclusive este resultado puede abarcar el resultado final del proceso. (pp. 218-219)

Asimismo, es preciso señalar que no es lo mismo carga procesal que carga de la prueba. Canelo (2017) advierte esta diferencia:

es preciso aclarar que los temas de la carga procesal y la carga de la prueba son distintos, pues se encuentran en una relación de género a especie; es decir, la carga de la prueba es una especie de la carga procesal. Sostenemos que la noción de carga procesal se encuentra en las diversas etapas de un proceso civil, no es solo un concepto limitado a la carga de la prueba; la carga procesal es el género y la carga probatoria la especie. (p.226)

Todo el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que lo hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales. En el proceso, pues, no existen normalmente deberes (que son imperativos del interés general, y cuyo incumplimiento es sancionado), ni obligaciones (que son imperativos del interés ajeno, y cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente), sino cargas, que se conciben como facultades que pueden ejercitarse en beneficio del interés propio, pues si su no ejercicio perjudica a la parte, su ejercicio lo beneficia. (Montero, 2013, p.58)

Por su parte, Arazi (2005) advierte que el incumplimiento de una carga procesal no necesariamente menoscaba la pretensión del actor:

No siempre el incumplimiento de una carga ocasiona un perjuicio: puede ser que no se conteste la demanda y, no obstante, la pretensión del actor sea rechazada o que no se produzca determinada prueba y ello no tenga ninguna consecuencia sea porque la prueba se produjo por iniciativa de la contraria o del juez o porque, en definitiva, resultó innecesaria. (p. 26)

#### **1.2.3.4 LA CARGA PROBATORIA**

La teoría general de la prueba comprende varios aspectos que están relacionados con las siguientes interrogantes: ¿Qué es la prueba? ¿Qué se tiene que probar? ¿Cómo se prueba? ¿Quién debe probar? ¿Qué valor se tiene que otorgar a la prueba? En el presente trabajo de investigación se abordará principalmente la respuesta a la pregunta ¿quién debe probar?, esto es, respecto a la carga de la prueba.

La teoría de la carga de la prueba, una de las cargas del proceso, se resuelve en el proceso moderno de modo directo en una regla de juicio para el juez, regla que le dice cómo debe decidir cuando un hecho no ha sido probado, y de modo sólo indirecto, pero no menos importante en una regla de conducta para las partes. (Montero, 2013, p.62)

Montero (2013) señala la importancia de la doctrina de la carga de la prueba como un medio de ayuda para el juez:

si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso.

(...) de este modo la doctrina de la carga de la prueba con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba (por eso se llama regla de juicio); siempre con relación al juez, esta doctrina no sirve para que éste diga a las partes cuál de ellas debe probar. A lo largo del proceso el juez no asume la que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; como hemos dicho, si un hecho está probado al juez no debe importarle quién realizó la prueba, pues él cuestiona la carga sólo cuando falta la prueba de una afirmación de hecho y en el momento de la sentencia. (pp. 64-65)

También es preciso aquí recordar señalado por García (2005):

debemos necesariamente comenzar con el viejo principio romano que sentó el jurisconsulto Paulo: *“Ei incumbit onus probandi qui dicit, non ei qui negat”*: se colocaba todo el peso de la actividad probatoria exclusivamente sobre la parte que afirma y no sobre la parte que niega. No debemos confundirnos en entender a esta regla sólo contra el actor, ya que el demandado también tenía la carga de probar sus afirmaciones cuando oponía una excepción. (p. 35).

Si en el proceso se presentan todos los medios probatorios que buscan acreditar los hechos afirmados por las partes, poco importa quién de las partes lo ha presentado, y el juez emitirá la decisión sobre la base de valorar de forma conjunta los medios probatorios. Alvarado (2008) lo explica del siguiente modo:

Si al momento de sentenciar, un Juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos

que acreditan los hechos litigiosos, el Juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación. (p.44)

Muy distinto es el caso de que no haya medio probatorio que acredite las afirmaciones que resulten insuficientes. En tal sentido, Alvarado (2008) afirma:

si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a esa interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: quién debió confirmar su afirmación y no lo hizo, pierde el pleito, aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil. (p. 44)

Por su parte, Parra -citado por Canelo (2017)- afirma:

la carga de la prueba consiste en una regla que le crea a las partes una autoresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuestos a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparecen probados tales hechos.

(...) la carga no es una obligación, ni un deber; ya que no existe ningún sujeto o entidad legitimada para exigirla. Sin embargo, la persona que soporta la carga no es libre debido a que tiene la necesidad de probar los hechos para no perder el proceso. Por ello, el que afirma un hecho tiene una autoresponsabilidad. (p.230)

Hay que tener presente que las partes afirman hechos y tienen la carga de probar lo que afirman, dado que la sola afirmación no constituye prueba y, por ende, no será suficiente para ser amparada por el juez. Como dice Micheli -citado por Canelo (2017)-, “la lógica del Derecho impone a quien alega un hecho en juicio la obligación de probar, puesto que la alegación misma no constituye de por sí una prueba” (p.230). También es importante agregar lo que señala Gozaíni -citado por Canelo (2017)- al respecto:

la carga de la prueba tiene su importancia cuando existen hechos que permanecen inciertos por insuficiencia probatoria, indicándole al juzgador que su deber de sentenciar fundadamente está obstruido por una causa imputable a quien le debía de convencer probando, por tanto merece aplicarle un reproche. (p.231)

Respecto a las características esenciales de la carga de la prueba que sin duda son de gran ayuda para entender la institución jurídica bajo análisis, Devis Echandia -citado por Botto (2006)- señala las siguientes:

- a) Forma parte de la teoría general de la aplicación de derecho.
- b) Es una regla general para toda clase de procesos.
- c) Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes.
- d) No determina quién debe llevar la prueba sino quién asume el riesgo de que no se produzca.
- e) Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley.
- f) Su aplicación constituye una cuestión de derecho.
- g) Debe apreciarse con un criterio objetivo.
- h) Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por tanto, eventual.

- i) Solo se aplica por el juez a hechos alegados y controvertidos (...) y no exentos de prueba.
- j) Su influencia se extiende a todo el proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir.
- k) Regula la premisa menor del llamado silogismo judicial.
- l) Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes.
- m) Se determina no solo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores.
- n) Tiene una aplicación no solo a las cuestiones sustanciales discutidas en el proceso, sino también a otras de carácter procesal.
- o) Se diferencia del objeto y del tema o necesidad de la prueba.
- p) Es una noción compleja.
- q) Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o implícitamente (pp. 210-211)

En relación con estas características, es importante resaltar una que nos parece de suma importancia para efectos del presente trabajo de investigación: la regla objetiva consagrada en la ley. Por tanto, no le correspondería al juez poder establecerlo en función de lo que él entienda por facilidad o dificultad probatoria en cada caso concreto.

#### **1.2.3.5 LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA**

Canelo (2017) explica así el origen de esta teoría:

En el año de 1823, en Inglaterra, Jeremías Bentham observó la falta de celeridad en los procesos judiciales que se llevaban a cabo en su ciudad, la mayoría de ellos se prolongaban demasiado debido a la falta de idoneidad

de los medios probatorios ofrecidos por la parte que debía probar. Esto derivaba muchas veces en una situación de *non liquet* que llevaba irremediablemente las dilaciones en el proceso. El jurista Bentham analizó que la causa principal de estos retrasos se encontraba en la carga de la prueba, pues había muchos casos en los cuales quien tenía la carga de probar no podía hacerlo debido a las dificultades que se le presentaban, no obstante, la otra parte pese a que sí podía probar el hecho, no lo hacía porque a él no le correspondía. Esto llevó a plantear lo que hoy se conoce ‘*aggiornada*’ por algunos juristas argentinos como la teoría de la carga probatoria dinámica. (pp. 236-237)

El propio Canelo (2017) afirma que la teoría de la carga probatoria dinámica “se fundamenta en la ‘solidaridad procesal’, pues parte de la idea de que las partes que intervienen en el proceso les conviene que este se solucionen rápidamente y con la mayor justicia” (p. 238).

Con relación a la solidaridad procesal y su vínculo como base de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, Eguren -citado por Canelo (2017)- dice:

La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene su fundamento en el principio de colaboración, que a su vez radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe se proyectan con particular relevancia en la redistribución del *onus probandi*, situación esta que ha sido denominada carga probatoria dinámica. Esta doctrina constituye un dispositivo de excepción del que podrán echar mano los jueces en determinadas y especialísimas circunstancias. Es por ello que su incursión en el panorama procesal no ha tenido la virtualidad de desplazar a las clásicas reglas de distribución del



*onus probandi*, sino la de complementarlas en aras de la obtención de una tutela judicial más efectiva. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigeran la tónica existente que atiende sólo al logro y no al cómo se logra. (p. 238).

Mediante un ejemplo, Canelo (2017) explica cómo se aplica la teoría de las cargas probatorias dinámicas:

Una situación adecuada de aplicación de la teoría de las cargas dinámicas se suscita, por ejemplo, en los procesos que buscan determinar la responsabilidad médica. En el supuesto de que un técnico automotriz demanda a una clínica privada de salud por la muerte de su esposa, el actor sostiene que su esposa falleció debido a una negligencia médica en el momento de la operación. Este proceso judicial se demora debido a que el demandante, a quien corresponde –según la regla clásica de la prueba- demostrar lo que afirma, no lo puede hacer; ante ello, es necesario que analicemos y preguntemos: ¿quién tiene los conocimientos pertinentes y la tecnología idónea para demostrar que no hubo negligencia? ¿A quién le costará menos dinero y tiempo probar? ¿Quién posee la mejor condición de demostrar que no hubo negligencia médica? La respuesta es obvia: es la parte demandada quien se encuentra en una mejor situación para probar. Por ello, corresponde al demandado (la clínica) demostrar que no hubo tal negligencia y que la muerte se debió a causas ajenas a la intervención médica. En este caso, se aplica la teoría de las cargas probatorias dinámicas. (pp. 239-240).

Al respecto, García (2005) señala:

lentamente se comenzó a observar que el reparto de la carga podría ser alterado, a simple vista, por dos causas: las partes convienen, antes del juicio y ante la posibilidad de éste, una distribución distinta de la carga; o bien el juez, ante la excepcionalidad del caso y la imposibilidad o excesiva dificultad de una parte para probar, decide invertir la distribución. Serían dos casos de inversión probatoria, uno convencional y otro judicial. Al primero de los ejemplos se lo denominó inversión convencional de la carga de la prueba; al segundo se lo llamó cargas probatorias dinámicas. (p.42)

García (2005) recalca que la carga de la prueba implica que quien afirma hechos está en mejores condiciones fácticas de demostrarlas que su contraparte:

se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alegó el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y, la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho descrito por el aquél. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó. (...) implica que la carga de probar determinado hecho recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. (p.43)

Por otro lado, existe un sector doctrinario que no comparte la aplicación de la teoría de la prueba dinámica por vulnerar disposiciones de carácter constitucional. Tal es el caso de Alvarado (2008):

sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones – haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países – y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la facilidad o de la mejor posibilidad de probar. (p. 46)

Con estos alcances es que se habla hoy de las cargas dinámicas probatorias que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. (Alvarado, 2008, p. 46)

En definitiva: la ley – y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado. (Alvarado, 2008, p.47)

Alvarado (2008) precisa que la carga de la prueba nada tiene que ver con la confirmación procesal, pues se trata de una regla que el juez debe aplicar cuando no esté convencido de los hechos sometidos a su análisis:

el tratamiento relativo a la incumbencia confirmatoria – que habitualmente se estudia con el nombre de la carga de la prueba – no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal, sino que es, en esencia, una clara

regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y, como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa, sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto. (p.48)

Por su parte, García (2005) señala que “si la carga probatoria no tiene función dirimir el litigio (sino que es ya terreno de las presunciones), tampoco tendrá dicha función las cargas probatorias dinámicas” (p. 58). Asimismo, García sostiene que la primera razón por la que no se puede aplicar las cargas probatorias dinámicas es que estas “no pueden determinar el sentido de la sentencia, ya que ésta, de no haber prueba eficaz, debe motivarse por las presunciones del derecho de fondo”. (p.58)

Otra crítica que se hace a esta teoría es que aquella no establece de forma definida y cierta a quién le corresponde probar, ya que esta deja de lado la regla romana del *onus probandi*, para cambiarla constantemente. Consideramos que la teoría de la carga probatoria dinámica rompe con el esquema tradicional de la carga de la prueba, ya que bajo este pensamiento no necesariamente quien alega el hecho lo prueba, sino con esta teoría se hace un análisis sobre quién le cuesta menos probar y quién será más eficaz en demostrar sus afirmaciones. El problema en esta teoría es que corresponde al juez determinar quién debe probar, afectando probablemente de algún modo la neutralidad que debe tener el juzgador en el proceso. (Canelo, 207, p.241)

Uno de los ámbitos en los que se considera que se debería aplicar la teoría de la carga probatoria dinámica son los casos de responsabilidad civil médica. Fernández y Woolcott (2018) lo señalan así:

El juez debe asumir una función activa en la búsqueda de la verdad jurídica, por lo que la prueba, como está dicho, resulta ser, en consecuencia, dinámica y concurrente. El juez debe ir al encuentro de la prueba y forzar ética y racionalmente a las partes, a fin de que cada una de ellas aporte aquello de la verdad que está en su alcance según sus calidades, conocimiento y disponibilidad. Dentro de esta óptica que permite llegar con más seguridad y más rápidamente a la verdad, el médico, en ciertos casos, en tanto conoce mejor que nadie el estado general del paciente. El diagnóstico del caso, su tratamiento, evolución y consecuencias, se encuentra en situación privilegiada para cooperar en esta tarea. (p. 449, Vol. 2)

#### **1.2.3.6 LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA**

Para poder describir la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica en la legislación y jurisprudencia peruanas es preciso partir de la regla general de la carga de la prueba que está regulada en nuestra norma procesal civil: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos” (Código Procesal Civil, 1993, art. 196). En tal sentido, en aplicación estricta de esta disposición, correspondería a la parte demandante acreditar la mala praxis médica.

Debemos precisar que en nuestro ordenamiento procesal civil no se encuentra regulada de manera expresa la teoría de la carga probatoria dinámica, aunque a nivel jurisprudencial sí se está aplicando. Así, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en

temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima (2017), en su Sentencia No. 7169-2014, señala:

Según la teoría de la carga de la prueba dinámica, la carga de la prueba sobre si las fallas reportadas eran de naturaleza imprevisible o no **debe ser asumida por aquel que maneja esta información y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre tal hecho** (y en este caso la CLÍNICA), ya que ésta era la encargada de poder emitir un informe médico pericial que pudiera emitir un pronunciamiento técnico referido al tratamiento médico brindado al señor JARA. Dicha carga probatoria no puede recaer sobre el consumidor o sobre la entidad administrada, ya que los conocimientos sobre la materia recaen sobre la CLÍNICA. (Fundamento quinto de la Sala, 5.3)

Por otro lado, si bien no se trata de un caso de responsabilidad civil médica sino uno de impugnación de acuerdos asociativos, se puede advertir la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica, lo cual demostraría que se viene extendiendo en su aplicación a otras pretensiones. Fue así que en la Casación No. 4445-2011-Arequipa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2012) expresó lo siguiente:

**es la demandada (sic) quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo**, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. No obstante ello, la parte demandada tampoco cumplió con adjuntar el “comunicado” que la demandante le imputa haber colocado en la “pizarra de la Asociación”, ello

también a fin de desvirtuar la afirmación sostenida por la parte demandante respecto a que dicha comunicación citaba para las tres de la tarde, en primera citación y para las tres y treinta de la tarde en segunda citación, pero sin indicarse los puntos a tratar. Tampoco cumplió con exhibir el Libro de Actas número dos de la Asociación, ello a fin también de desvirtuar la afirmación de que en el folio ciento treinta y cinco del libro, existiría otra acta realizada en la misma fecha. (Noveno considerando)

Más adelante, en la misma Casación No. 4445-2011-Arequipa se declara fundado el recurso interpuesto sobre la base de lo siguiente:

resulta adecuado aplicar al caso de autos la carga de la prueba dinámica atendiendo a que era el recurrente quien se encontraba en mejores condiciones de probar lo que alega en su defensa, habiendo omitido la parte demandada acreditar lo que alega en su defensa, resulta adecuado lo resuelto por el Colegiado en aras del principio de facilidad y de acceder a la verdad legal para dilucidar la presente controversia (...). (Undécimo considerando)

En la casación señalada en los párrafos precedentes, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República justifica la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica citando la Sentencia No. 1776-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional: “es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicos o fácticos para producir la prueba respectiva”. (Cuarto considerando)

Por otro lado, tenemos a la Casación No. 5247-2008-Cajamarca, que versa sobre obligación de dar suma de dinero, y mediante la cual la Sala Civil

Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2009) expresó lo siguiente:

habiendo la parte demandada -cónyuge-, señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal conformada con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba, estaba en mejores actitudes de tenerlas, pues sólo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho, y no trasladar la carga probatoria al juzgador, que sólo podrá intervenir disponiendo las pruebas de oficio, en tanto las presentadas no le generen convicción, sin que ello signifique sustituirse a la obligación que tienen las partes de probar los hechos expuestos en ellos, toda vez, que en materia de probanza según lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos; por consiguiente, el Colegiado ha aplicado correctamente la presunción de que se trataba de una deuda conyugal, por no haber podido demostrar a lo largo del proceso que fuera personal, por lo que tampoco el agravio que se expone en el punto b) puede acogerse. (Séptimo considerando)

Podemos advertir que si bien no existe disposición expresa en el ámbito del proceso civil respecto a la teoría de la carga probatoria dinámica, podemos advertir, sin embargo, que en la jurisprudencia civil peruana se está aplicando en diversos casos.



No podemos dejar de advertir que existe un proyecto de reforma del Código Procesal Civil peruano que pretende incorporar en el artículo 196 la teoría de la carga probatoria dinámica. En ese sentido, mediante la Resolución Ministerial N° 0070-2018-JUS de fecha 5 de marzo de 2018, se dispone la publicación del proyecto de reforma del código procesal civil, conjuntamente con su exposición de motivos.

Excepcionalmente el juez establece que dicha carga le corresponde a una parte distinta de aquella a la que la ley le atribuye dicha carga. Para tal efecto, el juez debe emitir resolución motivada, en la cual identifique e individualice las particulares circunstancias que justifican la dinamización de la carga de la prueba (...). (Artículo 196 del proyecto, segundo párrafo).

Asimismo, el Decreto Supremo N° 011-2019-Jus. Texto único ordenado de la ley 27584 (Ley que regula al proceso contencioso administrativo) que señala:

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustenten su pretensión. Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga le corresponde a ésta. (Artículo 32)

Como se observa, parece que no hay nada que detenga la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica en nuestra realidad judicial. No obstante, esperemos que este trabajo pueda servir para poder darnos cuenta de que el remedio puede ser peor que la enfermedad.

### **1.2.3.7 ESTÁNDAR PROBATORIO**

El estándar probatorio permite responder a la siguiente pregunta: ¿Cuándo un enunciado fáctico se encuentra debidamente probado? Teniendo como punto de partida que el juez analiza hechos del pasado y que en muchas ocasiones difícilmente se va poder llegar a conocer la verdad, en el sentido de conocer lo que realmente sucedió, el juzgador tiene que valorar los medios probatorios que permitan corroborar en mayor o menor medida los hechos litigiosos. Gascón -citado por Villegas (2015)- dice al respecto:

Los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente (...). (p.302)

Por su parte, Taruffo (2012) señala que “en la mayoría de los sistemas procesales, el juez se halla obligado a justificar racionalmente las decisiones propias en la motivación de la sentencia, esto implica en la elaboración de argumentos válidos para sostener la decisión tomada” (p. 275). Taruffo también destaca la pluralidad de criterios que tiene el juez para valorar las pruebas de las que dispone:

El paso sucesivo a lo largo de la perspectiva racional consiste en afrontar la cuestión de que existan o no varios criterios a los cuales el juez debe atenerse al valorar las pruebas de las cuales dispone y establecer cuándo se ha o no probado determinado hecho. Criterios de este género existen en realidad y vienen indicados en reglas a las cuales el juez debe atenerse al formular su valoración final sobre los hechos de la causa. El problema es complejo porque la tendencia largamente prevalente es aquella a formular

criterios diversos para el proceso penal y el proceso civil. En el proceso civil se presenta el criterio de la probabilidad prevalente, en el proceso penal el criterio es el de la prueba por encima de cualquier duda razonable. (p. 275)

Por otro lado, el propio Taruffo (2012) señala que “la probabilidad prevalente implica que entre varias hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba ser preferida aquella que se encuentra en un grado de probabilidad más elevado (...)” (p. 277). Y añade:

En el caso que sólo se presente una hipótesis, el criterio de probabilidad prevalente, se especifica en la regla comúnmente conocida como “el más probable que no” el cual se funda en la premisa que cada enunciado relativo a un hecho puede ser considerado como verdadero o falso según las pruebas que la sustentan (...). (p. 277)

Por su parte, Gonzales -citado por Villegas (2015)- indica:

es importante distinguir entre la función de los criterios de valoración racional de la prueba y el estándar de prueba. La valoración de la inferencia probatoria por medio de los criterios de racionalidad epistemológica sirve a la finalidad de determinar qué hipótesis es la más fundada a la luz de los elementos de prueba. Se trata de un instrumento para comparar el grado de fundamentación de distintas hipótesis acerca de cómo ocurrieron ciertos hechos. Si nuestra intención es escoger la hipótesis más probablemente verdadera, debemos escoger aquella a la que apuntan los criterios de racionalidad epistemológica. Pero nuestra conclusión siempre podrá estar equivocada, dado que tales criterios nunca nos proporcionan total certeza: la credibilidad de una hipótesis es una cuestión de grado. La determinación de cuáles son los criterios de

valoración de la prueba que nos permiten una mayor aproximación a la verdad es una cuestión epistemológica. El estándar de prueba, por su parte, tiene la función de señalar a partir de qué umbral podemos considerar que el grado de credibilidad de una hipótesis es suficiente como para basar en ella la decisión (...). (p.302)

Villegas (2015) advierte la insuficiencia de los criterios de racionalidad que sustentan una hipótesis para que los jueces puedan llegar a una decisión:

los criterios de racionalidad con los que debe operar la libre valoración de la prueba no pueden por sí solos determinar si el apoyo inductivo que aportan las pruebas a una hipótesis es suficiente para declararla probada en el proceso. Para adoptar esta decisión –sobre cuánta prueba es suficiente para declarar por probado una hipótesis– el derecho debe definir el nivel de suficiencia de los elementos de juicio por medio del estándar de prueba (...). (p. 304)

Es importante tener presente a quienes señalan que el estándar de prueba cumple ciertas funciones. Sobre este tema, Reyes Molina -citado por Villegas, (2015)- precisa:

como herramienta procesal que permite establecer el nivel de suficiencia necesaria para que el juez pueda tener por acreditado la ocurrencia de un hecho, es decir, establece el quantum probatorio necesario para que el juzgador pueda declarar por probado una hipótesis y en tal sentido es un instrumento orientado a la averiguación de la verdad (...). Además, indica "(...) esta herramienta procesal tiene una función justificadora de la decisión probatoria, la cual obliga al juez a explicitar en la motivación de la sentencia si se cumple o no el presupuesto establecido por el estándar probatorio para

sobrepasar el umbral de suficiencia necesaria que permite declarar un hecho como probado. (pp. 305-306)

### **1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

#### **1.3.1 ACTO MÉDICO**

En términos generales, Fernández y Woolcott (2018) afirman que “acto médico” es “todo lo que el médico realiza como tal en el ejercicio de su profesión” (p. 107, Vol. 1). Para ambos autores, “acto médico” comprende, por consiguiente, la totalidad de las actividades o “intervenciones que realiza el médico en relación con un caso singular sometido a su cuidado y atención profesional” (p.107, Vol. 1)). Por su parte, Ataz López -citado por Fernández y Woolcott (2018)- señala:

la actividad médica podría considerarse como el conjunto de actos, operaciones o tareas propias, desarrolladas por lo médicos y demás profesiones sanitarias, que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano y que tiende, directa o indirectamente, a la conservación, mejora y, en general, promoción de las condiciones de la salud humana, individual o colectiva, en todas sus facetas, físicas, psíquicas y sociales. (p. 108, Vol. 1)

#### **1.3.2 CARGA PROCESAL**

Canelo (2017) señala:

Existen actos procesales en los cuales su realización depende de la voluntad de las partes; por ejemplo, el demandado, ante la notificación de una demanda contra de él, puede optar –de acuerdo a su libre decisión y voluntad – entre contestar o no. La parte que cree sufrir un agravio debido a la emisión de una resolución judicial puede optar entre impugnar o dejar consentida esa resolución. En aquellas situaciones en las cuales las partes tienen la facultad

de decidir si realizan o no ese acto procesal, radica la naturaleza jurídica de la carga procesal. (p. 218)

### **1.3.3 CARGA DE LA PRUEBA**

Este término es definido por Jairo Parra -citado por Canelo (2017)- del siguiente modo:

la carga de la prueba consiste en una regla que le crea a las partes en una autoresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparece probados tales hechos.

(...) la carga no es una obligación, ni un deber; ya que no existe ningún sujeto o entidad legitimada para exigirla. Sin embargo, la persona que soporta la carga no es libre debido a que tiene la necesidad de probar los hechos para no perder el proceso. Por ello, el que afirma un hecho tiene una autoresponsabilidad". (p.230)

### **1.3.4 CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA**

García (2005) afirma que la carga de la prueba dinámica "Implica que la carga de probar determinado hecho recaerá sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio" (p.43). Por su parte, Falcón -citado por Canelo (2017)- indica que la teoría de la carga probatoria dinámica "coloca a la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla" (p. 238).

Además, es preciso señalar que si bien la regla general en la carga probatoria es "quien alega un hecho o lo niega debe probarlo". No obstante, en

algunos procesos, la carga probatoria no se rige por esta regla, ya que quien debía probar no lo puede hacer. Es allí donde radica la importancia de la carga probatoria dinámica. (Canelo, 2017, p.238)

### **1.3.5 ESTÁNDAR PROBATORIO**

Gascón -citado por Villegas (2015)- define así el término “estándar probatorio”:

los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente (...). (p. 302)

### **1.3.6 HISTORIA CLÍNICA**

En el artículo 29 de la Ley General de Salud (Ley No. 268429) se establece que la historia clínica es un documento médico que debe contener de modo veraz y suficiente la práctica y procedimiento aplicados al paciente para resolver el problema de salud que se le haya diagnosticado. Para Fernández y Woolcott (2018), una historia clínica puede ser definida como “una descripción o plasmación documental de los procesos patológicos que afectan a un paciente durante un cierto periodo de tiempo” (p. 148, Vol. 1). Asimismo, señalan:

La historia clínica es el documento médico de mayor importancia. En ella el médico tiene el deber de consignar y conservar, con la mayor fidelidad y exactitud, todos los datos referentes a cada proceso de atención médica que realice. La historia clínica sirve para registrar y con ello controlar la actuación del médico así como los antecedentes del caso, los procesos

evolutivos de la enfermedad que aqueja a los pacientes, el tratamiento dispensado, las medicinas suministradas. La historia clínica se constituye, por lo expuesto, como una necesidad y una garantía de corrección de tratamiento médico. (p.148, Vol. 1)

### **1.3.7 LEX ARTIS**

Fernández y Woolcott (2018) definen así el término *lex artis*:

preside y marca la actividad de todo profesional, cualquiera sea su especialidad y, por consiguiente, la del médico. Estimamos que la *lex artis* no se limita tan solo a la aprehensión y a la correcta aplicación de los conocimientos y de los principios racionales y de las reglas pertinentes del arte y de la ciencia médica, sino que en el concepto mismo va también implícito el conocimiento de las condiciones personales del enfermo. (p.98, Vol. 1)

La *lex artis* –en tanto conjunto de principios y reglas –cambia de acuerdo con los progresos y desarrollos de la medicina, de conformidad con los nuevos hallazgos o avances de la ciencia así como, a su vez, elimina métodos que no reflejan en un momento dado el estado de evolución del arte y de la ciencia médica. La *lex artis*, por lo demás, puede, según la práctica médica reconocida, permitir varias formas posibles de intervención médica, con lo cual deja un cierto margen de libertad para la elección por el médico de métodos y técnicas más adecuadas y favorables a un determinado caso. (Fernández y Woolcott, 2018, p.99, Vol. 1)

### **1.3.8 MALPRAXIS**

En relación a la *malpraxis*, Fernández y Woolcott (2018) señalan que se suele emplear el término *malpractice* –*malpraxis* o mala práctica –para



significar la actuación incorrecta o indebida de un médico, ya sea por negligencia, por empleo de técnicas inadecuadas, por impericia, por falta de conocimientos actualizados o por cualquier otra causa que redunde en un resultado negativo al paciente. La *malpraxis*, por consiguiente, es el no cumplir de manera apropiada con las reglas del arte, salvo la existencia de una razón justificada, en otras palabras, la *malpraxis* puede definirse como el no comportarse de acuerdo con lo prescrito por las reglas contenidas en la *lex artis*, o, dicho en otras palabras, cuando se violen normas del adecuado ejercicio profesional. (p.102, Vol. 1)

### **1.3.9 MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

De la Rúa (citado por Calvino, 2008a) señala que “La motivación de la sentencia (...) constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión”. (p. 124)

Álvarez (citado por Calvino, 2008a) señala:

Motivar es, en suma, explicitar el conjunto de consideraciones racionales que mueven al juez a inclinarse por una determinada solución del conflicto – *rectius*, resolución del litigio –. Es la exteriorización del órgano jurisdiccional del razonamiento que justifica la decisión. Incluye la invocación de la norma o el micro sistema de normas aplicable y el razonamiento que legitime la subsunción de los hechos del caso en ello. (pp. 124-125)

### **1.3.10 MOTIVACIÓN APARENTE**

Guirardi -citado por Zavaleta (2014)- se refiere del siguiente modo a la motivación aparente:

Las resoluciones afectadas por una motivación aparente se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no

ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso y que, finalmente, nada significan por su ambigüedad o vacuidad. (p. 423)

### **1.3.11 MOTIVACIÓN SUFICIENTE**

Colomer (2003) señala:

..., la suficiencia de la motivación se encuentra vinculada con la exigencia de un mínimo de razonamiento justificativo para que pueda cumplir las funciones que tiene asignado, y en particular, para que satisfaga el derecho de justiciable y de la sociedad a conocer las razones que apoyan la decisión para hacerla aceptable como legítima aplicación del sistema jurídico. (p. 350)

### **1.3.12 MOTIVACIÓN DEFECTUOSA**

En la jurisprudencia peruana se ha señalado lo que debe entenderse por “motivación defectuosa”. Así, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2003), mediante la Casación No. 486-2003-Sullana, ha expresado que dicha motivación debe entenderse del siguiente modo:

aquella que vulnera los principios lógicos y las reglas de la experiencia, principalmente al principio de no contradicción, pues “nada puede ser y no ser al mismo tiempo”, esto es, no puede afirmarse y negarse al mismo tiempo una misma cosa de un mismo sujeto; cuando ocurre ello, estamos ante una resolución contradictoria (...). (Octavo considerando)

### **1.3.13 OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO**

En relación con esta clasificación de obligaciones, De la Puente (2006) señala:

se considera obligación de resultado aquella en que el deudor queda obligado, frente al acreedor, a asegurar un efecto determinado. La

obligación es de medios, en cambio, cuando el deudor no asegura un efecto determinado sino tan sólo se compromete a seguir la conducta que ordinariamente conduce a un resultado determinado, pero que bien puede o no producirlo. (p. 26)

#### **1.3.14 PRESUNCIÓN**

Este término puede ser definido como un “razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial” (Código Procesal Civil, 1993, art. 277).

En cuanto a la presunción judicial, esta viene a ser un “razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados”. (Código Procesal Civil, 1993, art. 281)

#### **1.3.15 PRESUNCIÓN IURIS TANTUM**

Gascón y García (2005) conceptúan del siguiente modo a las presunciones *iuris tantum*:

Son normas jurídicas que para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Más exactamente, instauran una regla de juicio o de decisión que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. (p. 398)

En cuanto a la presunción legal relativa, consiste en que si la ley supone “una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte a favor

del beneficiado de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso”. (Código Procesal Civil, 1993, art. 279)

#### **1.3.16 PRESUNCIÓN IURE ET DE IURE**

Las presunciones *iuris et de iure* (...) son (...) normas que, para la protección de ciertos valores y en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas. (Gascón y García, 2005, p. 399)

En relación a la presunción legal absoluta, consiste en que si la ley “califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base”. (Código Procesal Civil, 1993, art. 278)

#### **1.3.17 RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Fernández y Woolcott (2018) afirman:

La responsabilidad jurídica del médico surge como natural e inevitable consecuencia de los daños injustos causados al paciente bajo su cuidado en el ejercicio de su específica actividad profesional. Estos daños pueden comprometer diversos bienes de la persona, tales como: la vida, la libertad, la salud, la integridad psicosomática, la identidad, la intimidad. La acción u omisión culposa o la impericia del médico pueden lesionar los más intereses existenciales, así como alguno o algunos de los elementos que componen la estructura del ser humano (...) (p. 41, Vol. 1)

### **1.3.18 RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Taboada (2005) señala:

El sistema objetivo se encuentra incorporado en el artículo 1970 del Código Civil, cuyo texto señala lo siguiente: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. (p.96)

### **1.3.19 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**

Taboada (2005) señala:

El sistema subjetivo de responsabilidad civil se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. (pp. 96-97).

### **1.3.20 RES IPSA LOQUITUR**

La doctrina del *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma” es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a la circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente. (Bullard, 2005, p. 219)

## **CAPÍTULO II: METODOLOGÍA**

### **2.1 Diseño metodológico**

2.1.1 Método dogmático descriptivo: permitirá analizar y entender las instituciones jurídicas vinculadas a la presente investigación como son la carga de la prueba, carga probatoria dinámica, la prueba en la responsabilidad civil médica, entre otros, y poder aplicarlas a los casos que se presenten en la realidad judicial.

2.1.2 Método deductivo: se analizará las instituciones jurídicas pertinentes partiendo de un aspecto general (principios) para luego llegar a lo específico, es decir, a lo concreto (casos particulares). Se pretende dar una propuesta con soluciones coherentes a los operadores jurídicos para que estos puedan aplicarlos a los casos particulares.

2.1.3 Investigación con enfoque cualitativo y no experimental. Será cualitativo porque se basa en elementos teóricos y no experimental porque se realiza sin el desarrollo de variables. Además, aspira a recoger opiniones, sobre el tema objeto de investigación, de diferentes autores y luego poder interpretarlas asumiendo una posición personal sobre el mismo.

### **2.2 Aspectos éticos**

En el desarrollo de la presente investigación se respetará los derechos de autor y los aspectos éticos necesarios. Para tal efecto, se realizará la cita de la bibliografía utilizada conforme al estilo de citas APA (*American Psychological Association*).

## **CAPÍTULO III: RESULTADOS**

### **3.1 La carga probatoria dinámica y el derecho a la presunción de inocencia.**

Desde hace un tiempo se debate en la doctrina procesal uno de los aspectos más importantes de la teoría general del proceso vinculado a los poderes del juez en relación a la prueba, como es el caso de la prueba de oficio y de la variación a las reglas de la carga de la prueba.

El presente trabajo está relacionado con el poder del juez de variar las reglas de la carga de la prueba establecidas en la ley. Para desarrollar nuestro análisis es preciso tener claro lo que debe ser un proceso.

El concepto de proceso al que nos adherimos es aquel que expresa que es un “medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente” (Alvarado, 2004, p. 239). Si se acepta al proceso como un método de debate dialéctico, se debe tener presente lo que afirma una parte y lo que acepta o rechaza la otra. No se puede permitir que el juzgador emita una decisión de cualquier modo, ya que existen ciertas limitaciones que no pueden dejarse de lado.

Una de esas limitaciones es el derecho a la presunción de inocencia, que está reconocido en nuestra norma fundamental: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2 -numeral 24, literal e-).

El derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental según el cual una persona solo puede ser considerada responsable mediante una sentencia emitida en un proceso en el que se haya respetado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien se trata de un derecho que ha sido desarrollado con mayor amplitud tanto en el ámbito del derecho penal como en

el del derecho administrativo sancionador, por tener un reconocimiento de derecho fundamental también resulta aplicable en el derecho civil, específicamente en lo que concierne a la responsabilidad civil.

Nuestra Constitución reconoce que toda persona es considerada inocente mientras no se haya probado su responsabilidad, pero sin especificar la materia o ámbito (penal, civil o administrativa), por lo que debe entenderse que el derecho a la presunción de inocencia es aplicable en todo proceso donde se busque determinar la responsabilidad en razón de un comportamiento reprochable jurídicamente. De aquí que resulte razonable que se presuma la inocencia allí donde es posible aplicar una sanción, independientemente si es de naturaleza penal, civil o administrativa.

Si entendemos al proceso como un instrumento que permite alcanzar la satisfacción de nuestros derechos materiales, por lo mismo se tiene que respetar ciertos principios y derechos durante su desarrollo. Por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia.

El proceso es un método de debate que busca llegar a una meta, que no es otra que la sentencia. El método tiene que respetar determinados derechos porque si pensamos en la meta descuidando el método la decisión final, por más justa que sea, tendría serios cuestionamientos de validez. Por tal razón, la responsabilidad del demandado tiene que establecerse dentro de un marco de un proceso en los términos que señalamos al principio.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia está muy vinculado con el derecho a la prueba, ya que justamente para destruir la presunción de inocencia se tiene que demostrar lo contrario.



En nuestra jurisprudencia se señala que el derecho a la prueba es un derecho complejo que a su vez involucra una serie de derechos, como los siguientes: a) el derecho a ofrecer los medios de prueba; b) el derecho a que los medios de prueba sean admitidos; c) el derecho a que los medios probatorios admitidos sean actuados; y c) el derecho a que los medios probatorios sean debidamente valorados.

Los medios probatorios son muy importantes en un proceso porque permiten pasar de la simple afirmación de los hechos que realizan las partes en la etapa postulatoria a los hechos probados que serán el sustento de la decisión del juzgador.

En los casos vinculados a la responsabilidad civil por mala práctica médica, la víctima o sus parientes tienen el derecho de ejercer acciones legales contra el profesional médico o el establecimiento de salud. El evento reprochable jurídicamente –mala práctica médica –origina una responsabilidad civil, penal, administrativa y ética.

Si los afectados por la mala práctica médica deciden interponer una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios derivado de un caso de responsabilidad civil médica, se pone en tela de juicio la aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no así el proceso penal ni el derecho administrativo sancionador.

Si la víctima o sus parientes toman la decisión de interponer una denuncia penal, entonces se está atribuyendo al médico la comisión de un delito, por ejemplo, lesiones graves u homicidio culposo. En el proceso penal no hay duda de que se tiene que respetar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del médico. Por lo tanto, la finalidad del proceso penal es destruir esa

presunción con los medios de prueba que se hayan ofrecido, admitido, actuado y valorado.

En un proceso de responsabilidad civil, la parte demandante argumenta un comportamiento contrario a derecho de la parte demandada. El comportamiento contrario a derecho sería un mal diagnóstico, una mala intervención quirúrgica, una errónea receta médica, etc. Este comportamiento contrario a derecho es la causa que ha generado los daños que la parte demandante señala en su demanda. En consecuencia, es vital establecer esta relación de causalidad entre el hecho generador y el daño.

Es muy importante determinar en el proceso si la conducta desplegada por el demandado es o no contraria a derecho, es decir, si el comportamiento desplegado por la parte demandada es reprochable jurídicamente. El proceso no tiene por finalidad declarar el estado de inocencia de la parte demandada, sino más bien determinar su responsabilidad civil en razón a los hechos que la parte demandante ha señalado en su demanda.

La regla de la carga de la prueba no sirve para distribuir la carga de probar los hechos a lo largo del desarrollo del proceso, sino que adquiere relevancia al momento de sentenciar, dado que es una regla de juicio ante la falta de prueba suficiente respecto a los hechos señalados.

Durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba sirve como información para las partes en razón a quien le corresponde probar tal hecho. Pero no cualquier hecho, sino aquel que es relevante para resolver la controversia y de asumir las consecuencias en caso de no hacerlo.

Si en un proceso existe suficiente medio de prueba que acredite los hechos afirmados por las partes, no interesa la regla de la carga de la prueba ni

tampoco importa saber quien presentó el medio de prueba. Lo importante es que los hechos estén probados. Por ello se dice que la carga de la prueba es residual, siendo lo ideal no acudir a esta regla, por lo que deberían existir sentencias que no la mencionen.

En relación con el derecho a la presunción de inocencia, Accatino -citado por Villegas (2015)- señala que este derecho “exige una decisión motivada del juez, en la que se dé cuenta de que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente” (p.305). Siendo la presunción de inocencia un derecho fundamental dentro de un proceso que pretende respetar el orden jurídico constitucional, desvirtuarla implica que la decisión del juez debe estar muy bien justificada, pues de lo contrario no será una decisión conforme a derecho.

No sería razonable aceptar la aplicación del principio de presunción de inocencia en un proceso penal y también en un procedimiento administrativo sancionador y no aplicarlo a un proceso civil. El derecho a la presunción de inocencia es un derecho fundamental y, por ende, aplicable en todos los procesos judiciales que busquen establecer responsabilidades.

De iniciarse un proceso penal contra el médico y suponiendo que no se logre desvirtuar la presunción de inocencia o que no se haya llegado al estándar probatorio exigido, la decisión sería exculpatoria. Si contra el mismo médico se interpone una demanda civil de responsabilidad civil médica aplicando la regla de la carga probatoria dinámica y, por ende, vulnerando la presunción de inocencia, se podría llegar a establecer la responsabilidad civil del médico condenándolo al pago de un monto por concepto de indemnización.

Ante un mismo hecho tendríamos entonces decisiones contradictorias (médico exculpado en lo penal y sancionado en lo civil). Pretender aplicar la carga probatoria dinámica cuando ni siquiera se ha establecido con precisión que la causa de la dolencia de un paciente es un acto médico erróneo, me parece arbitrario.

En un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios debido a una mala práctica médica es necesario una profunda investigación sobre los hechos imputados al demandado, ya sea para amparar la demanda o para desestimarla. La sentencia que emita el juez debe estar sustentada en el caudal probatorio que se tiene en el proceso.

En ciertas ocasiones, al interponer la demanda de indemnización por mala práctica médica, los afectados no ofrecen medios probatorios capaces de demostrar de forma directa el hecho negligente, imprudente e imperito del profesional médico porque no tienen los conocimientos médicos ni los recursos necesarios para obtenerlos. No obstante, no por ello debemos olvidarnos de garantizar el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

No hay que perder la perspectiva de que estamos en un Estado constitucional de derecho, razón suficiente para durante el proceso se respete los derechos fundamentales, como es el caso de la presunción de inocencia de la parte demandada.

Como lo hemos venido sosteniendo, la parte demandante afirma que el procedimiento médico realizado no ha sido adecuado, pero no presenta ningún medio probatorio que acredite esta afirmación. Al observar que la parte demandante tiene dificultad para poder presentar el medio probatorio, dado que esta no conoce temas médicos, el juez decide invertir la carga de la prueba

hacia la parte demandada, ya que esta tiene mayor facilidad para probar el procedimiento médico que realizó.

Si la parte demandada no presenta ningún medio probatorio, en aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica el juez tendría que amparar la demanda de indemnización por daños y perjuicios, dado que la parte que tuvo la carga de probar no lo hizo. En este escenario se condena a pagar un monto indemnizatorio sin tener claro si el procedimiento médico realizado fue adecuado o no.

Invertir la carga de la prueba no es una manera idónea de alcanzar la justicia y llegar a conocer la verdad, ambas banderas que los sostenedores de la regla de la carga probatoria dinámica promueven.

El derecho a la presunción de inocencia tiene que respetarse en el ámbito del proceso civil, es decir, se tiene que aceptar procesalmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia en el proceso civil. Con ello se respeta, a su vez, el texto expreso establecido en la Constitución Política del Perú. Sobre este tema, Benabentos (2001) señala:

parece una obviedad remarcar que el estado de inocencia de las personas es el que impone la actitud que debe asumir el juez al momento de sentenciar. Bajo estas premisas, el juzgador, en un proceso civil, de no arribar al momento de fallar a una certeza positiva de condena, debería, sin más, rechazar la demanda contra el accionado. (p. 129)

En países como el Perú se distorsiona mucho el derecho fundamental de presunción de inocencia, ya que parece que se presume la culpabilidad cuando lo que se tiene que probar es la inocencia. Esta situación no solo es contraria al

texto expreso de nuestra Constitución, sino también contradice la razón y la lógica, dado que el estado de inocencia de una persona constituye la regla.

Si a raíz de una mala práctica médica se inicia un proceso de indemnización por daños y perjuicios en el que no se tienen medios probatorios suficientes para acreditar la conducta reprochable del profesional de salud y el juzgador, al momento de sentenciar, toma la decisión de aplicar la regla de la prueba dinámica, estaría desconociendo un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución.

Por otra parte, se debe considerar que la pretensión de indemnización es una pretensión declarativa de carácter condenatoria porque está destinada a que se le reconozca un derecho a la parte demandante y, a su vez, ordenar un comportamiento que debe desplegar la parte demandada. Ese comportamiento consiste en una prestación de dar suma de dinero.

En consecuencia, si se sanciona a la parte demandada a pagar un monto dinerario por concepto de indemnización, tiene que existir el presupuesto lógico, que en este caso es la conducta reprochable de la parte demandada. Si esto no queda claro, es probable que al final sancionemos a un inocente, lo cual sería contrario a lo que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

### **3.2 La carga probatoria dinámica y el derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales.**

Es importante tener presente la idea de proceso como un método pacífico de debate dialéctico destinado a otorgarle solución a un conflicto de intereses con relevancia jurídica. Al ser un debate dialéctico, resulta de suma importancia que el juzgador tenga presente lo señalado por las partes en un proceso al

momento de emitir una sentencia sobre el fondo de la materia controvertida. Esta sentencia, además, debe estar debidamente motivada.

Las partes procesales suelen afirmar hechos pasados. Al respecto, existen dos versiones: la que propone la parte demandante y la que propone la parte demandada. En el momento de emitir la sentencia, el juzgador debe establecer cuál de las hipótesis ha sido debidamente probada.

En un proceso los medios probatorios son muy importantes porque mediante ellos los hechos simplemente afirmados pasan a ser hechos debidamente probados.

Nuestra tradición jurídica se basa en el derecho romano-germánico, en el cual la fuente principal del derecho lo constituye la ley. En tal sentido, en el Perú la fuente más importante de derecho es nuestra Constitución. Por lo tanto, si el proceso constituye un método, es decir, el camino a seguir, la sentencia constituye la meta. No se puede llegar a la meta si el método no ha sido llevado debidamente conforme a la Constitución y la ley.

En los últimos años el proceso ha adquirido una importancia de tal magnitud que ahora estamos asistiendo a un fenómeno que se ha llamado la constitucionalización del proceso. Desde un enfoque constitucional, el proceso descansa en ciertos pilares para poder sostenerse válidamente, siendo uno de esos pilares el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Al mismo tiempo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se manifiesta, entre otros derechos, en el derecho a una resolución debidamente motivada que no solo ponga fin al proceso, sino a la controversia, pronunciándose sobre el fondo.

El juzgador tiene el deber de cumplir con decidir sobre la pretensión, justificando su decisión en base a los hechos y al derecho aplicable. En

relación al derecho, la sentencia tiene que justificarse en ley expresa. Si no hay ley, se debe resolver con base en los principios generales del derecho, pero no debe haber casos sin solución jurídica.

Es importante tener presente que uno de los elementos de la pretensión lo constituye el fundamento fáctico de la demanda, el cual tiene una íntima relación con la prueba.

En un proceso de responsabilidad civil por mala práctica médica, la parte demandante afirma que tiene problemas de salud y que esos problemas los atribuye a un actuar imprudente, negligente e imperito de los profesionales que han intervenido en el acto médico. Si la parte demandante tiene los conocimientos o los recursos suficientes, lo más probable es que decida someterse a un estudio de su estado de salud por parte de algún especialista o de una junta médica, quienes determinen que el acto médico realizado no fue adecuado. Sin duda esto sería un medio probatorio pertinente y relevante que acredite la mala práctica médica.

La sola afirmación de la parte demandante de que la dolencia que padece es consecuencia de un acto médico mal efectuado no es suficiente para poder amparar la demanda. Es necesario un informe minucioso, detallado de un profesional médico o de una junta médica que pueda explicarle al juez qué fue lo que posiblemente sucedió.

Una sentencia debidamente motivada tiene que estar justificada en medios probatorios pertinentes que demuestren que el acto médico no ha sido desarrollado conforme a la *lex artis*. Tal medio probatorio, en mi opinión, lo constituye el informe médico realizado por una junta médica o un informe realizado por un especialista médico respecto de la salud de la víctima.



En un proceso de responsabilidad civil médica que tiene suficientes medios probatorios que le causen convicción al juez respecto a la mala práctica médica, poco interesa saber cuál de las partes tuvo la carga de la prueba. Según el principio de adquisición procesal, los medios de prueba le corresponden al proceso.

El problema se presenta cuando no tenemos medios probatorios suficientes que le permitan al juez crearse la convicción de la mala práctica médica, sea porque la parte demandante no tiene los conocimientos necesarios o porque no tiene los recursos necesarios para poder obtenerlos. Si la parte demandante afirma hechos, pero no presenta los medios probatorios que puedan acreditar tales hechos, entonces la demanda debe ser declarada infundada mediante la aplicación estricta de la regla de la carga de la prueba.

Se debe tener presente que las reglas de la carga de la prueba son reglas de juicio que se aplican al final cuando no tenemos medios de prueba que acrediten los hechos señalados en la demanda. En tales circunstancias, el juzgador se pregunta quién debió probar tal o cual hecho y no lo hizo y, por lo tanto, asumirá las consecuencias de su inacción.

Las reglas de la carga de la prueba sirven fundamentalmente para motivar la sentencia. No se trata de una regla para distribuir la prueba a lo largo del desarrollo del proceso. En todo caso, sirve para informarle a las partes quien tiene la carga de probar tal o cual hecho y qué debe probar.

El juez no debe dejar los casos sin resolver por ausencia de prueba, ya que las reglas de la carga de la prueba constituyen una “cláusula de cierre”.

No se debe olvidar que la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima y que permita favorecer la convivencia pacífica entre las personas. No

cualquier tipo de motivación puede resolver el problema planteado en el proceso, sino una motivación que pueda ser calificada como válida. Una motivación arbitraria no favorece a la convivencia pacífica de las personas, por el contrario, genera resentimiento, frustración, sentir que el sistema de justicia sirve para cualquier cosa, menos para hacer justicia.

Como ya se explicó, en una demanda de indemnización por daños y perjuicios debido a una mala praxis médica, el demandante expone ciertos hechos que, en principio, deben ser probados por quien los expone. Sin embargo, el juez considera que en el caso concreto quien tiene mayor facilidad para probar lo que ocurrió es la parte demandada. De esta manera, decide invertir la carga de la prueba y le señala al demandado que tiene que probar que el acto médico ha sido realizado con total diligencia.

Si el demandado presenta toda la documentación que tiene en su poder, estos medios de prueba tienen que ser calificados en su pertinencia y relevancia por parte del juzgador, así como respetar el contradictorio y someter a debate esos medios probatorios para poder valorarlos. Dudo mucho que el demandado vaya a presentar documentación donde se advierte de manera evidente su negligencia. En todo caso, lo que correspondería hacer es someter a un peritaje médico lo desarrollado en el acto médico, teniendo en cuenta toda la documentación presentada por la parte demandada y que dicho peritaje sea contrastado con los exámenes que se le pueden hacer a la víctima.

En el supuesto que el demandado no presente ningún medio probatorio, el juez, al aplicar la regla de la carga probatoria dinámica, considera que siendo la parte demandada quien tenía la carga de la prueba y no lo hizo asume las consecuencias de ello. Por lo tanto, la sentencia declara fundada la demanda y

ordena al demandado al pago de un monto por concepto de indemnización por daños y perjuicios. No obstante, en esta situación no se ha llegado a establecer con precisión si el acto médico fue irregular y si este hecho es imputable al demandado.

Desde mi punto de vista, lo anterior constituye una motivación que no puede ser calificada como válida. Se trata de una motivación aparente porque no ha dado respuesta al argumento medular de la demanda para condenar al demandado al pago de una indemnización: el hecho que el acto médico realizado no ha sido conforme a la *lex artis*. Al respecto, Colomer (2003) señala que la sentencia “sólo podrá ser considerada racional cuando la decisión en ella contenida, y su correspondiente motivación, sean válidas desde la óptica del ordenamiento jurídico” (p. 167).

En aquellos casos de responsabilidad civil, se tiene que analizar cada uno de sus elementos para poder amparar la demanda. Dichos elementos son los siguientes: a) conducta antijurídica; b) daño; c) nexo de causalidad; y d) factor de atribución.

Para afirmar que una sentencia está debidamente motivada en casos de responsabilidad civil en general y responsabilidad civil por mala práctica médica en particular, debe analizarse cada uno de los elementos.

No se puede ni debe condenarse al demandado a pagar una indemnización por causa de una regla probatoria que ni siquiera tiene sustento legal, sino que lo decide el juzgador, lo que vulnera el derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales, la cual está reconocida y consagrada en nuestra Constitución vigente. Es preciso aquí recordar lo señalado por Colomer (2003) “la motivación ha de contener una justificación fundada en derecho, es decir,

que no sólo sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento, sino que además dicha motivación no suponga vulneración de derechos fundamentales” (p. 269).

Si la sentencia contiene un vicio que la invalida, puede ser cuestionada al interior del proceso que se emitió vía los recursos correspondientes. Si estos últimos ya no pueden ejercerse al interior del proceso en el cual se emitió dicha sentencia, se puede interponer un proceso de amparo contra resoluciones judiciales. La situación descrita generará una mayor carga procesal.

### **3.3 La carga probatoria dinámica y la presunción de negligencia.**

Las reglas de la carga de la prueba son juicios del legislador establecidas de manera abstracta y están establecidas en la ley. Cuando al resolver un caso concreto el juzgador llega a la conclusión de que la regla dada por el legislador no puede ser aplicada y decide cambiar la regla e invertir la carga de la prueba, a esto se le llama regla de la carga probatoria dinámica.

Fernández y Woolcott (2018) señalan:

En determinados supuestos, la práctica del tratamiento prescrito por el facultativo requerirá de la colaboración de otros profesionales e incluso del uso de determinados elementos técnicos. Ello es frecuente en la cirugía donde el médico jefe de un equipo requiere de la asistencia de médicos ayudantes o asistentes, instrumentista, enfermeras y ha de contar, además, con el instrumental adecuado al tipo de cirugía que ha de practicarse. En estos actos médicos, donde se requiere la participación de diversos facultativos, cada uno de ellos cumple una específica función. Así, unos están encargados de prescribir fármacos, otros de intervenir quirúrgicamente y, finalmente, otros son los encargados de completar el

tratamiento con métodos físicos, como es el caso de las radiaciones o los de rehabilitación. (pp. 132-133, Vol. 1)

En muchas ocasiones, el acto médico realizado al paciente resulta ser complejo y usualmente intervienen en él varios profesionales de la salud. Dada la participación de varias personas, es preciso conocer con la mayor exactitud posible cual fue el procedimiento médico realizado y si este se hizo conforme a la *lex artis*. Al respecto, es importante citar lo que señalan Beltrán y Torres (2015):

imputar a un médico en el ejercicio de sus funciones un acto negligente requiere, necesariamente, pasar por evaluar si el referido acto representa una contravención a la denominada *lex artis ad hoc*. Pero, más allá de ello, una vez que se cuente con dicha prueba, corresponde demostrar y acreditar la relación de causalidad entre el actuar y el daño generado al paciente. Es decir, que la conducta del médico haya sido la causa u origen del daño al paciente. (p. 151)

Beltrán y Torres (2015) también resaltan la obligatoriedad de que el paciente acredite el daño a la salud que padece como resultado de un comportamiento culposo del profesional médico:

para que la responsabilidad civil médica pueda configurarse, el paciente estará obligado a acreditar que el daño que padece –y cuya reparación reclama –es consecuencia de un comportamiento culposo atribuible a la mala praxis del profesional, evidentemente, ello exige que el paciente se vea obligado a demostrar no solo la culpa sino también la relación de causalidad. (p. 153)

Es importante advertir que en un proceso de responsabilidad civil médica es imperativo brindar elementos necesarios destinados a demostrar que el acto médico no fue realizado conforme a la *lex artis*. Se tiene que analizar si el procedimiento médico realizado ha vulnerado la *lex artis*, para luego examinar el daño, el nexo causal y la culpa del profesional de salud interviniente en el acto médico.

No tengo mayor inconveniente en aceptar la presunción de la culpa. Es más, nuestro Código Civil establece la presunción de la culpa leve en el marco normativo de la responsabilidad civil contractual, en el cual será el deudor quien tenga que demostrar que actuó con la diligencia debida. Asimismo, en el marco normativo de la responsabilidad civil extracontractual la parte demandante no tiene que probar la culpa, ya que el descargo por falta de culpa le corresponde al autor del daño, es decir, al demandado.

La ley no puede presumir que el acto médico o el procedimiento médico no fueron adecuados. Esto se tiene que establecer y demostrar en el proceso con los medios probatorios presentados, sean estos directos e indirectos e, incluso, con la posibilidad de que el juzgador decida ejercer la facultad excepcional de incorporar el medio de prueba de oficio.

Probado el acto médico irregular o acto médico no conforme a la *lex artis*, recién se puede establecer la presunción de culpa de quienes intervinieron en el acto médico.

En el Perú nos hemos preocupado más por la prueba que de la culpa, pero no en relación al acto médico, que desde mi apreciación resulta fundamental para poder determinar la responsabilidad civil del médico o del establecimiento de salud.

Conforme a la regla de la carga de la prueba, corresponde a la parte demandante ofrecer el medio de prueba que acredite de manera suficiente que el acto médico o procedimiento médico no fue adecuado, es decir, no fue conforme a la *lex artis*. Si la parte demandante no ofrece el medio probatorio, el juez tendría que desestimar la demanda porque la parte que tuvo la carga de probar no lo hizo. No obstante, para muchos esta decisión sería injusta debido a que muchas veces la parte demandante no tiene los conocimientos ni los recursos para poder demostrar tal afirmación. En ese hipotético escenario, surgen los jueces solidarios y activistas que con la bandera de la justicia y la verdad deciden invertir la carga de la prueba en el caso concreto, ya que es la parte demandada quien se encuentra en mejores condiciones para demostrar lo que sucedió en el acto médico.

Si asumimos que la parte demandada presenta toda la documentación pertinente que tiene en su poder, esta documentación tiene que ser sometida a una evaluación médica para poder precisar si el procedimiento efectuado es conforme a la *lex artis*. Del mismo modo, se tiene que realizar un examen médico al paciente con el propósito de demostrar que las dolencias que padece son por causa de un acto médico irregular. Al final, el juzgador tiene que emitir su decisión valorando todos los medios de prueba que tiene en el expediente.

En caso de que la parte demandada no ofreciera medio probatorio alguno, el juez tendría que amparar la demanda, en razón de que las reglas de la carga de la prueba son reglas de juicio que se utilizan al final y mediante las cuales el juzgador se preguntará quien debió probar tal o cual, y hecho y no lo hizo y, por ende, asumirá las consecuencias de su inacción.

Se podría pensar -inicialmente también lo pensaba- que se estaría presumiendo que el acto médico fue negligente y, por consiguiente, la parte demandada debe pagar el monto indemnizatorio establecido en la demanda. Analizando con detenimiento el asunto, tal razonamiento no sería correcto porque para poder aplicar la presunción como parte del argumento de la decisión del juez es imperativo que el hecho base esté debidamente probado. En el presente caso, el hecho base es el acto médico irregular a partir del cual se puede presumir la culpa de quienes estuvieron presentes en el acto médico y, por ende, establecer su responsabilidad.

En nuestro ordenamiento civil, la presunción está regulada del siguiente modo: “Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial” (Código Procesal Civil, 1993, art. 277). Del mismo modo, la presunción judicial es considerada como “El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados” (Código Procesal Civil, 1993, art. 281).

De conformidad con lo expuesto en el párrafo precedente, para poder aplicar la presunción como sucedáneo de los medios probatorios, servir al juzgador para poder resolver el caso concreto y motivar debidamente su sentencia, se tiene que partir de ciertos indicadores o presupuestos base que permitan, a partir de ello, hacer uso de las presunciones.

En el caso específico de una demanda de responsabilidad civil por mala práctica médica, considero que el indicador más importante o presupuesto



base que tiene que estar debidamente probado es que el acto médico no ha sido realizado conforme a la *lex artis*. En caso de que no haya medio probatorio de parte que acredite que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*, el juzgador debe ser quien en potestad excepcional de la prueba de oficio decida someter a la parte demandante a una evaluación médica para poder determinar que su dolencia o padecimiento de salud es consecuencia de una mala práctica médica. En otras palabras, sería importante tener un informe acerca del acto médico realizado al paciente, informe que podría ser realizado por una junta médica, ya sea del colegio médico o de alguna entidad del Estado.

El informe al que me refiero, como todo medio probatorio, tiene que ser admitido por el juzgador y este debe otorgarles a las partes la oportunidad razonable de poder alegar respecto de él lo que consideren en estricto respeto al principio del contradictorio. En ese sentido, en el proceso debe quedar claro que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*. A partir de esta situación, el juez puede inferir o presumir la culpa del profesional médico que intervino en el acto médico.

Cuando se habla de negligencia médica parece que la discusión se concentra, únicamente, en el factor de atribución que es la culpa. Sin embargo, primero hay que detenerse en analizar el acto médico correspondiente.

Si la demanda de responsabilidad civil médica utiliza el marco normativo de la responsabilidad civil contractual, antes de ingresar al factor de atribución que es la culpa del deudor, primero debe quedar plenamente acreditada la inexecución de la obligación, es decir, que al acto médico no fue conforme a la *lex artis*. De igual forma, si la demanda de responsabilidad civil médica utiliza el marco normativo de la responsabilidad civil extracontractual, antes de ingresar

al análisis del factor de atribución que es la culpa, primero tiene que determinarse el incumplimiento de un deber genérico de no causar daño a otro, que al caso concreto sería, igualmente, que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*.

No debemos pasar por alto que una vez acreditado que el procedimiento médico no fue adecuado se tiene que analizar los daños y que estos sean consecuencia del acto médico cuestionado, lo que constituye otro de los elementos de la responsabilidad civil, que es el nexo causal.

Reitero una vez más, cuando se habla de responsabilidad civil médica, parece que el único problema es determinar la culpa del médico. Sin embargo, este no es el problema principal. El tema medular es analizar que el acto médico en cuestión no fue conforme a la *lex artis*.

El empleo de la presunción no implica de ninguna manera la exención de la carga de la prueba a favor de la parte que se beneficia de ella. Lo que sucede es que la carga que soportará la parte favorecida es probar el hecho base. La presunción no opera como una suerte de automatismo, pues de ser así estaríamos ante una decisión cuya motivación no puede ser calificada como válida.

### **3.4 La carga probatoria dinámica y el estándar probatorio**

La determinación de la causa del daño a un paciente es múltiple, variada y, a veces, compleja. En consecuencia, no se podría condenar al demandado a asumir el pago de una indemnización si es que no ha quedado plenamente establecido que los profesionales que han intervenido en el acto médico han actuado conforme a los procedimientos establecidos o no.

Son muy importantes los medios probatorios incorporados al proceso, ya sea de parte o de oficio, los cuales deben ser debidamente admitidos, actuados si es necesario y valorados en conjunto contrastando unos con otros y poniendo énfasis en las concordancias o en las discordancias. La valoración de los medios de prueba está íntimamente ligada a la motivación de la sentencia.

Hay una interrogante que suele formularse así: ¿Cuándo se dice que un hecho se encuentra probado? O más específicamente: ¿Cuándo decimos que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*? Para responder a estas interrogantes existe una institución que en los últimos tiempos y ante el desarrollo del razonamiento probatorio se suele llamar “estándar probatorio”.

En el proceso penal, el estándar de prueba resulta más elevado porque exige que pueda resultar más allá de toda duda razonable. En el proceso civil, el estándar de prueba lo constituye la prueba prevaleciente o como hoy se dice una “probabilidad prevalente”. Esto último significa una hipótesis que estará probada cuando su grado de confirmación es superior a la hipótesis contraria. Dicho de otra manera, si existen varias hipótesis posibles en razón de un mismo hecho, debe preferirse aquella que se encuentra en un grado de probabilidad más elevado. Esto quiere decir que si al analizar un caso de responsabilidad civil por mala práctica médica el juzgador llega al convencimiento de que el grado de probabilidad de un acto médico irregular es más elevado del que no haya sido un acto médico irregular, entonces determinará que se ha cumplido con el estándar probatorio y, por lo tanto, amparará la demanda.

La prueba debe ser suficiente para poder enervar la presunción de inocencia y así poder superar el estándar probatorio correspondiente al

proceso civil, prueba que contribuye a que la sentencia esté debidamente motivada. El estándar probatorio nos permite estar convencidos de que los hechos afirmados por la parte demandante han sido demostrados y que el juzgador llega a la convicción de que el acto médico fue irregular y que la parte demandada es responsable por ello.

Uno debe asumir las consecuencias de sus actos dolosos o culposos y por ello mismo solo se debería sancionar civilmente a quien haya actuado con negligencia, imprudencia e impericia. En este punto quiero destacar lo señalado por Villegas (2015):

cuanto más exigente sea el estándar para tener por probado un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un estándar probatorio muy exigente minimiza la probabilidad del error y por lo tanto maximiza la posibilidad del acierto. (p.305).

Suscribo lo afirmado por el autor en el párrafo precedente, toda vez que el estándar de prueba coadyuva a que la decisión del juez sea racional en relación a los hechos y a los medios de prueba que se han incorporado al proceso. En tal sentido, permiten una debida motivación.

La aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica no permite alcanzar dicho estándar probatorio ni tampoco exige una motivación racional en la decisión del juez respecto a los hechos y a los medios de prueba incorporados al proceso. Esto se observa cuando en su demanda el demandante afirma que tiene ciertas dolencias o problemas de salud después de haber sido sometido a una intervención quirúrgica y atribuye dichos problemas de salud a una conducta negligente, imprudente e imperito de quienes intervinieron en dicho acto médico. Y luego, al presentar su demanda,

ofrece todos los documentos que tiene en su poder, pero no presenta ningún medio de prueba en relación a demostrar que el procedimiento médico realizado no fue conforme a la *lex artis*.

Por regla general, le correspondería al demandante demostrar lo que afirma teniendo en cuenta la carga probatoria estática. Sin embargo, el juez entiende que la mayor facilidad probatoria para demostrar lo que sucedió en el acto médico la tiene el demandado, por lo que decide invertir la carga de la prueba y le pide al médico o al profesional de salud que acredite lo que ocurrió en el procedimiento médico, teniendo en cuenta la carga probatoria dinámica.

En el peor escenario, el demandado no presenta ningún medio de prueba al respecto. El juez ampara la demanda de indemnización por responsabilidad civil debido a una mala práctica médica porque quien tenía la carga de probar no lo hizo y, por tanto, tiene que asumir las consecuencias de su inacción. Llegamos entonces a una decisión que declara fundada la demanda y ordena el pago de un monto indemnizatorio aplicando la regla de la carga probatoria dinámica sin haber determinado con precisión y claridad lo sucedido.

Alguien podría sostener que si el juez aplica la regla de la carga probatoria establecida en nuestro Código Procesal Civil, también llegaremos a una decisión que no es correcta porque el juez declarará infundada la demanda debido a que quien tenía la carga de probar no lo hizo. En este caso, también estaríamos ante una decisión sin conocer lo que realmente pasó.

No obstante, ambos escenarios son totalmente distintos. Si el demandante no prueba lo que afirma no solo estamos respetando en estricto las reglas legales de la carga de la prueba, sino también el derecho constitucional de presunción de inocencia. Caso contrario, si el juez decide aplicar regla de la

carga de la prueba dinámica no solo está resolviendo en contrario al texto expreso de la ley, sino que estaría vulnerando el derecho constitucional de presunción de inocencia.

Que el juez llegue a un estándar probatorio constituye una garantía para las partes, en el sentido que si el juez llega al convencimiento que la hipótesis de la parte demandante es probablemente verdadera a razón de los medios probatorios valorados, es decir, que hubo una mala práctica médica. En tal sentido, se concluirá que la decisión es correcta por existir una valoración racional de los medios probatorios.

Por lo hasta aquí expuesto, se entiende que el estándar probatorio resulta muy importante a efectos de emitir una decisión sobre responsabilidad civil médica que condena a los demandados en una decisión debidamente motivada y con estricto apego a la ley y a la Constitución.

### **3.5 La carga probatoria dinámica y su vinculación a los artículos 1229, 1329, 1969 y 1762 del Código Civil**

Se debe precisar que en el ámbito de la responsabilidad civil se analizan determinados elementos como la conducta antijurídica, el daño causado, el nexo de causalidad y el factor de atribución. Es importante determinar que el diagnóstico fue equivocado, que hubo demora en su formulación lo que perjudicó notablemente al paciente o el tratamiento efectuado no fue conforme a la *lex artis*, entre otras situaciones. Todo esto estaría dentro de lo que en responsabilidad civil sería la conducta antijurídica.

Antes de analizar si el profesional de la salud tuvo culpa o no se tiene que establecer con claridad que los problemas de salud de la parte demandante se

deben a causa de un acto médico con falta de diligencia, con imprudencia o impericia. Determinado lo anterior, se analiza la culpa de la parte demandada.

Determinar si el problema de salud de la parte demandante fue en razón de un procedimiento médico contrario a la *lex artis* lo tiene que establecer, en mi opinión, un especialista en temas médicos, pues si bien el juez tiene la facultad para valorar los medios probatorios de manera conjunta, no tiene los conocimientos como para poder determinar si el procedimiento médico que se ha seguido fue adecuado o no. Esto último debe ser determinado por los profesionales médicos.

Determinado que el procedimiento médico no fue conforme a la *lex artis*, se tiene que establecer si ello obedece a un comportamiento culposo de quien fue demandado, es decir, a una negligencia, imprudencia o impericia, porque es en él en quien va a recaer las consecuencias de la decisión que adopte el juzgador, afectando su patrimonio y asumiendo los daños causados al demandante.

En razón a la culpa nuestra legislación ha establecido ciertas presunciones que permiten la inversión de la carga de la prueba debido, muchas veces, a la dificultad de probar la culpa de una persona. Es en relación a la culpa y no a la mala práctica médica que nuestra legislación presume.

La exigencia de la culpa como factor de atribución se encuentra en crisis porque se busca objetivarla cada vez más, se justifica en la reparación del daño al paciente. Se entiende que por razones de justicia la víctima no debería quedar sin resarcimiento, pero no por ello vamos a desconocer ciertos derechos como la presunción de inocencia o el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales.

Hay que tener presente lo regulado en nuestra principal norma civil, la cual dispone que el pago le corresponde al deudor: “La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado” (Código Civil, 1984, art. 1229). Si la demanda de indemnización por daños y perjuicios por mala práctica médica se encuadra dentro del marco normativo de la responsabilidad civil contractual, implicaría que siendo el deudor el profesional de salud, es a él a quien le correspondería probar la ejecución de la prestación debida.

Si la parte demandada tiene la carga de probar conforme a lo indicado en el párrafo precedente, entonces no tiene ningún sentido que se aplique la teoría de la carga probatoria dinámica que le permite al juez invertir la carga de la prueba, sino más bien este debe ceñirse a lo que el ordenamiento jurídico le señala.

Por otra parte, nuestra principal norma civil se refiere así a la presunción de la culpa leve del deudor: “Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor” (Código Civil, 1984, art. 1329). Como se observa, en principio todo incumplimiento obedece a culpa leve del deudor, pues se trata de una presunción legal de carácter relativo que permite prueba en contrario. El deudor se puede liberar demostrando su actuación diligente o que la inejecución o cumplimiento irregular no ha sido por causa imputable a él.

Si aplicamos la disposición normativa señalado en el párrafo precedente al caso de responsabilidad civil por mala práctica médica, acreditado el acto médico irregular, se presumiría la culpa leve de quienes intervinieron en el acto médico en cuestión y serían los demandados quienes tendrían que demostrar que su actuar fue diligente o que el daño causado a la parte demandante ha



sido por causas no imputables a ellos. Tampoco tiene sentido la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica que invierte la carga de la prueba cuando ya nuestro ordenamiento nos brinda las disposiciones que deberían aplicarse.

Ahora bien. Si la demanda de indemnización por daños y perjuicios por mala práctica médica se encuadra en el marco normativo de la responsabilidad civil extracontractual, se tiene que tener presente lo que dispone nuestro Código Civil: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa le corresponde a su autor” (Código Civil, 1984, art. 1969). Como se aprecia, es la parte demandada quien tiene que demostrar que no ha actuado con dolo ni culpa.

En aquellos casos de responsabilidad civil por mala práctica médica, sería el médico quién tendría la carga de la prueba respecto a la ausencia de culpa, es decir, que su actuación ha sido diligente. Esto demuestra una vez más que la inversión de la carga de la prueba en mérito a la regla de la prueba dinámica no tiene sentido. El juez simplemente tendría que regirse por las disposiciones en cuestión para poder motivar su sentencia. Al respecto, es importante lo expresado por Fernández y Woolcott (2018):

constituye norma de principio aquella que establece que la responsabilidad por hecho doloso o culposo del autor del daño, mientras que los supuestos de responsabilidad objetiva representan casos especiales y típicos, pues prescinden de una valoración de la conducta del sujeto al que se le imputa el daño. (p. 384, Vol. 2)

Se entiende que en la responsabilidad civil la regla es subjetiva, es decir, aquella que se basa en la culpa del autor del daño (“Soy responsable si soy

culpable”), en tanto que la responsabilidad civil que prescinde de ella, esto es, la responsabilidad civil objetiva, sea la excepción.

Asimismo, hay que tener presente el aspecto de la responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos, sobre el que nuestro Código Civil expresa: “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” (Código Civil, 1984, art. 1762). Sumada a esta regulación, es importante recordar que “Los profesionales, técnicos y auxiliares (...) son responsables por los daños y perjuicios que ocasionan al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades” (Ley General de Salud –Ley No. 26842–, 1997, art. 36).

Si comparamos lo dispuesto en el artículo 1762 del Código Civil y lo que señala el artículo 36 de la Ley General de Salud, tenemos que el primero sería una disposición normativa de carácter general aplicable para todo tipo de prestación de servicios profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, mientras que el segundo sería una disposición normativa de carácter especial aplicable específicamente a la prestación de servicios de los profesionales, técnicos y auxiliares en relación a la salud.

En la disposición normativa general se dispone que el prestador de servicios responda por los daños y perjuicios en caso de dolo o culpa inexcusable, mientras que en la disposición normativa especial no existen grados de culpa. Se produce entonces una situación de antinomia jurídica, por lo que corresponde aplicar ciertas reglas para poder resolver el problema

jurídico en cuestión. En el presente caso, dicha regla sería el principio de especialidad normativa.

Respecto a lo señalado en los párrafos precedentes, Beltrán y Torres (2015) sostienen:

Consideramos que, actualmente, el debate en torno a los alcances del artículo 1762 del Código Civil, a partir del contenido del artículo 36 de la Ley General de Salud con base en un criterio de especialidad y cronológico, hoy resultan claros, toda vez que la responsabilidad del médico alcanza a aquellos supuestos en los que este haya actuado con dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (p. 150)

La doctrina siempre se ha preocupado respecto a la prueba de la culpa. En ese contexto, Borda (2006) señala:

El gran problema que enfrentamos es el que se refiere a quien tiene la carga de la prueba de la atribución de la responsabilidad civil médica, lo que se resuelve en precisar si es el paciente el que debe probar la culpa del médico o es el médico quien debe probar que actuó con diligencia y, consecuentemente, probar su inocencia. (p. 203)

Insisto una vez más que en los procesos judiciales sobre responsabilidad civil médica el tema central es la determinación de la mala práctica médica, es decir, determinar si el acto médico fue adecuado o no. Por ejemplo, si el diagnóstico fue correcto, si la intervención quirúrgica fue de acuerdo a los procedimientos establecidos, si los fármacos recetados fueron los adecuados, etc.

Si lo señalado en el párrafo precedente se logra demostrar y puede producir en el juzgador la convicción de que hubo mala práctica médica,

entonces el juzgador tiene que analizar la culpa, teniendo presente las disposiciones normativas que establecen la presunción de la culpa, sin necesidad de recurrir a la regla de la carga probatoria dinámica.

En el marco de la responsabilidad civil contractual, el deudor tiene que probar la ejecución de la prestación debida. El médico o el profesional de la salud tienen que presentar los medios de prueba que correspondan. Sin embargo, aun presentado toda la documentación que los demandados tienen en su poder, llegamos a la misma situación: ¿Cómo determinamos que lo que hizo el médico fue un acto médico negligente, imprudente o imperito?

Dudo mucho que en un país como el Perú la parte demandada vaya a presentar medios probatorios que permitan advertir de manera evidente la negligencia médica. En consecuencia, lo que corresponde hacer es someter a evaluación los medios probatorios presentados. Someter a un peritaje médico no solo la documentación presentada, sino además una evaluación médica a la víctima de la supuesta negligencia.

Se sostiene que las disposiciones normativas que colocan la carga de la prueba en el deudor o el causante del daño se justifican en la mayor facilidad de probar debido a que ejercen el control sobre la información. Dichas disposiciones normativas se vinculan con los principios de colaboración y solidaridad de la prueba. Estos principios son los que justifican la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica.

En relación a los principios señalados en el párrafo precedente, Alvarado (2007) señala:

reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata –nada menos –que de ayudar al débil, al pobre, al que

se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esa forma, vulnera la igualdad procesal. (p. 21)

Por su parte, Botto (2006) tiene una opinión muy parecido a la del autor que el antecede:

No puedo dejar de mencionar aquí, que ésta clara manifestación del llamado solidarismo procesal, no logra explicar ni menos siquiera intentar fundamentar someramente, cómo se puede pedir o pretender que una parte en el proceso colabore probatoriamente con su contraparte. Irreal es lo más suave que se me ocurre, de solo considerar la naturaleza del ser humano y probablemente, no lindante, sino propio de prevaricación de parte de aquel abogado que rinda prueba que favorezca al contrincante de su representado. (p. 230)

Una opinión similar a las anteriores es la que tiene Montero (2013, quien al respecto advierte:

Lo que debe entenderse es que las repetidas alusiones a que el proceso es un medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho “a pelear” por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los

hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivos los derechos subjetivos de las personas, a aplicar la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular democráticamente expresada por sus representantes en el Parlamento, empezando obviamente por la Constitución. (pp. 61 - 62)

En cuanto a la negligencia médica en la que caen algunos profesionales de la salud, Borda (2006) afirma que, por lo general, la mayoría de médicos ejerce con honestidad el arte de curar:

Mucho se ha cargado en los últimos años acerca que muchos son los médicos que actúan con impericia, con negligencia, displicentemente, con frialdad, etc. Creo que en su gran mayoría los galenos hacen honor a su juramento hipocrático, es decir, desempeñan el arte de curar con conciencia y dignidad, hacen de la salud y de la vida del enfermo la primera de sus preocupaciones. (p. 198)

Por todo lo expuesto, el problema de la responsabilidad civil médica no es probar la culpa del médico. El problema central es determinar si el acto médico fue adecuado, es decir, si el diagnóstico fue correcto o no, si la intervención quirúrgica fue siguiendo el procedimiento pertinente o no, si la receta es la que corresponde en razón de la dolencia que se padece, etc.

El acto médico irregular tiene que estar debidamente probado con medios probatorios pertinentes. Habrá casos en los que haya dificultad probatoria debido a la complejidad del tema. No obstante, aun en esa situación la sentencia tiene que estar debidamente motivada a efectos de poder establecer que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*. El juez tiene que estar

debidamente convencido de que en el caso concreto ha existido un acto médico contrario a la *lex artis*.

Determinado lo anterior, el juez analizará la culpa de la parte demandada. En tal supuesto, bastará que aplique las presunciones que la ley establece. De ninguna manera debe declarar fundada la demanda en mérito a la carga probatoria dinámica porque ello significaría desconocer derechos constitucionales y no alcanzar el estándar probatorio exigido.

#### **CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN**

En la doctrina procesal existe una discusión respecto a la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica. Una parte de la doctrina sostiene que se debe aplicar porque permitirá emitir una decisión justa en el caso concreto. Otro sector advierte que no se debería aplicar porque ello implicaría desconocer el ordenamiento jurídico en razón de la carga de la prueba.

A continuación, vamos a señalar los argumentos expuestos por algunos autores en pro y en contra de la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica para luego dar a conocer mi apreciación al respecto.

##### **4.1 Doctrina a favor de la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica**

Entre quienes han defendido con mayor apasionamiento la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica se encuentra el autor argentino Peyrano (2010), quien sostiene al respecto que “una de las características del activismo procesal es su aptitud para la producción incesante de herramientas procesales útiles para jueces y abogados, abogados y jueces. Por ejemplo, las cargas probatorias dinámicas” (p. 47).

En la doctrina procesal existe una corriente doctrinaria conocida como activismo judicial que propugna un juez más activo en la búsqueda de la verdad y de la justicia y a quien se le concede mayores atribuciones. Una de estas atribuciones es la posibilidad de cambiar las reglas legales de la carga de la prueba. Sobre esta doctrina, Peyrano -citado por Botto (2006)- dice:

De allí la conveniencia de que la doctrina (y algún día, también el legislador) se ocupe de continuar detalladamente el tenor de estas nuevas reglas probatorias “dinámicas” que nos ocupan, dicho ello en el sentido que según fuesen las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras –e insistimos en el punto –servir mejor a la justicia del caso concreto llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien lo sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo. (p.206)

El propio Peyrano (2010) advierte la impropiedad de contar con diferentes instituciones probatorias para resolver una controversia cuando no se puede acreditar lo que se afirma que está demostrado:

Desde siempre los sistemas jurídicos procesales civiles han contado con una norma de clausura que posibilita resolver las causas, aún en el caso de faltas o insuficiencias de pruebas. En la actualidad, dicha norma es conocida como regla de la carga de la prueba. Desde siempre, la solución judicial de una controversia civil mediante la aplicación de una norma de clausura ha suscitado una suerte de mala conciencia porque implica el reconocimiento del fracaso del proceso como herramienta probatoria. Dicha mala conciencia, explica la proliferación de instituciones probatorias tendientes a considerar acreditado lo que normalmente no podría reputarse demostrado. La procedencia de la solución judicial de un litigio gracias a la



aplicación de la regla de la prueba, debe considerarse de interpretación restrictiva cuando en el curso del proceso respectivo se ha producido prueba. En este caso, la debida fundamentación de la resolución respectiva debe incluir un estudio pormenorizado de todas las pruebas producidas y la explicación de las razones por las que se la considera insuficientes para demostrar lo que se debía probar. (p. 219)

Por su parte, Taruffo -citado por Peyrano (2010)- advierte que situaciones como la indicada generan una permanente e irresoluble incertidumbre:

que si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X éste no puede considerarse verdadero o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falso. No tener razones para decir que la hipótesis es verdadera no equivale a tener razones para decir que la hipótesis sea falsa: la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación permanente y (en este estado de cosas) irresoluble incertidumbre acerca de la existencia de X. No se está en condiciones de establecer que X es verdadero, pero ésta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho X en el caso concreto. En esta situación, no hay elementos de confirmación de ninguna hipótesis sobre X: ni de la que afirma ni la que lo niega. (p. 215)

Eguren -citado por Canelo (2017)- destaca así los fundamentos de la teoría de las cargas probatorias:

La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene su fundamento en el principio de colaboración, que a su vez radica en el más comprensivo y de mayor fuerza que es la solidaridad. Y ambos en el de buena fe se proyecta con particular relevancia en la redistribución del onus probandi, situación esta que ha sido denominada carga probatoria dinámica. Esta doctrina constituye un dispositivo de excepción del que podrán echar mano los jueces en determinadas y especialísimas circunstancias. Es por ello que su incursión en el panorama procesal no ha tenido la virtualidad de desplazar a las clásicas reglas de distribución del onus probando, sino la de complementarlas en aras de la obtención de una tutela judicial más efectiva. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigeran la tónica existente que atiende sólo al logro y no al cómo se logra. (p. 238)

Peyrano -citado por Canelo (2017)- resalta que la teoría de la carga probatoria plantea una nueva concepción para repartir el esfuerzo probatorio:

La teoría esbozada propugna una nueva concepción de las cargas probatorias, a la que se le ha denominado “dinámica” para poner de resalto que, en supuestos excepcionales, el onus probando debía adquirir un tinte trashumante y así pesar sobre una parte –en principio y conforme a las reglas- debía soportar la carga probatoria en cuestión, procurando quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de reparto del esfuerzo probatorio, en homenaje a la justicia al caso concreto. (p. 239)

#### **4.2 Doctrina en contra de la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica**

La corriente doctrinaria que se opone a la aplicación de las reglas de la carga probatoria dinámica se conoce con el nombre de garantismo procesal, que propugna el respeto irrestricto del orden constitucional y de la ley.

Entre los autores que no comparten la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica tenemos al chileno Botto (2006), quien al respecto afirma:

Falta prueba y por ello el resultado sería o acoger la demanda o rechazar la demanda según corresponda al *Onus Probandi* que nos rige. Sin embargo, faltando esa prueba, el juez se pregunta, no quién debió aportarla (carga estática), sino quién estuvo en mejor condición de aportarla (carga dinámica) y sanciona con el resultado del juicio desfavorable a los intereses de la parte que el juez concluyó arbitrariamente que estuvo en mejor condición de aportarla y no la aportó. El juez altera el *Onus Probandi* normal y legal, legislando con una nueva “regla” que aplica al caso concreto sólo una vez que las partes ya no pueden generar actividad probatoria. (p. 220-221)

El jurista argentino Alvarado (2007) es uno de los autores que más se opone a la aplicación de la teoría de la carga probatoria dinámica. He aquí lo que dice al respecto:

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad? Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino –así de simple –de no colocarlas por encima de la Constitución (...). (p. 22-23)

El mismo Alvarado (2007) resaltó que había que recordar que “la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer justicia a todo trance, institucionalizó la tortura como adecuado método para lograr los fines que se propusiera (...)” (p. 23).

Benaventos (2005) propone un ejemplo para explicar la dificultad que conlleva la aplicación de la teoría de la carga probatoria:

un paciente ingresa a un sanatorio de primer nivel para llevar a cabo una cirugía programada de apéndice. Recuerdo el caso de quienes deben trasladarse a la Antártida por razones laborales y permanecer allí por espacio de un año. En este caso se impone una operación preventiva. Como en la Antártida no hay servicios médicos, en el supuesto de producirse una apendicitis, la persona correría serios riesgos de muerte. De modo tal que esa persona joven, sana, se decide operarla y extirpar un apéndice también sano, simplemente por prevención y para evitar el riesgo casi seguro de muerte que podría producirse si la apendicitis se desata en un lugar donde no hay ni puede llegar la asistencia médica. Pues bien: el paciente muere en el acto quirúrgico y, sus familiares demandan al médico, imputándole la mala praxis médica, por los daños y perjuicios que la muerte de la víctima provoca. Nuevamente me interrogo ¿Quién debe acreditar la impericia, imprudencia o negligencia del médico? ¿los actores? ¿el médico demandado? (p. 78)

En relación con ejemplo señalado en el párrafo precedente, Benaventos (2005) se pregunta:

¿sería lógico que fueran los actores los que acrediten el acto de negligencia médica o, por el contrario, aparece razonable que el médico

sea el que deba explicar, es más demostrar, que esa muerte inesperada se produjo, no por acto negligente suyo o de su equipo, sino por una circunstancia imprevisible y extraordinaria. (p. 79)

El propio Benaventos (2005) concluye:

en estos casos no se está frente a un desplazamiento de las reglas de la carga de la prueba, sino de una liberación probatoria otorgada a la parte que alega el hecho ordinario y una exigencia probatoria constituida en cabeza de quien defiende su postura jurídica invocando para su defensa hechos extraordinarios. Así de simple. (p. 79)

Para el autor mencionado en el párrafo precedente, no existiría un desplazamiento de la actividad probatoria, sino una simple aplicación de la carga probatoria en sentido estricto.

#### **4.3 Posición personal**

Si los médicos fueran siempre responsables, habría menos intervenciones quirúrgicas o los costos de estas intervenciones se incrementarían, ya que ellos, antes de asumir el servicio solicitado, lo pensarían muy bien, generando entonces una mayor dilación. Como sabemos, en estos casos el tiempo es muchas veces determinante para la salud del paciente.

Sostener una responsabilidad objetiva en casos como estos no es adecuado en los tiempos actuales. El médico siempre indemnizaría tenga o no culpa. Un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la culpa resulta ser más conveniente que si el médico fuera responsable si es culpable.

No obstante, demostrar si el acto médico fue incorrecto en los casos de responsabilidad civil por mala práctica médica muchas veces suele ser muy difícil para la parte demandante, dado que no tiene los conocimientos

necesarios respecto a la actividad médica o no tiene los recursos suficientes para poder someterse a un adecuado examen médico que determine si su estado de salud es consecuencia de una mala práctica médica.

En la doctrina y jurisprudencia peruana se acepta como elementos de la responsabilidad civil a la conducta antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución.

En los casos de responsabilidad civil por mala práctica médica, en el Perú nos hemos preocupado más respecto al factor de atribución subjetivo, es decir, la culpa. En los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia buscan de alguna manera “objetivar” la culpa por medio de ciertos mecanismos como la inversión de la carga de la prueba en relación a la culpa, el uso de la doctrina *res ipsa loquitur* e, incluso, la regla de la carga probatoria dinámica.

Asumir que los problemas de salud del paciente obedecen siempre a un procedimiento irregular o inadecuado por parte del profesional de salud resulta arbitrario. Esto significaría desconocer que el problema de salud que aqueja a la parte demandante en un proceso de responsabilidad civil médica pueda ser a causa de su propia negligencia porque no cumplió las instrucciones dadas por el médico después de la intervención quirúrgica o que haya sido ocasionado por la conducta determinante de un tercero. A todo ello debemos sumarle y tener presente los riesgos propios de las intervenciones médicas.

En cierta forma, todos buscamos lo mismo: llegar a la verdad de los hechos, resolver con justicia el caso concreto. No creo que haya persona que no quisiera alcanzar la verdad y la justicia en un proceso. La diferencia radica cómo se llega a ello, es decir, el método que se utiliza para conseguir o alcanzar esos valores.

La doctrina que propugna la aplicación de la regla de la prueba dinámica la justifica en que sirve mejor a la justicia en un caso concreto, que no viene a ser otra cosa que la meta del proceso civil contemporáneo.

También es importante advertir que la regla de la carga probatoria dinámica tiene una concepción publicística del proceso, que a su vez tiene como base el sistema procesal inquisitivo en el que el rol del juez goza de amplias facultades como director del proceso.

En determinadas circunstancias queremos ayudar a los pobres, a las víctimas indefensas que carecen de recursos, más aún en países como el nuestro, en el que es frecuente ver noticias, en los medios de comunicación, relacionadas a negligencias médicas. Los seres humanos tenemos el sentido de solidaridad con nuestros semejantes. El peruano, en particular, es muy solidario.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, considero que el proceso no es una institución jurídica creada para ser solidaria con una parte ni el juzgador es la persona indicada para ser solidario. El juzgador, ante todo, debe ser imparcial durante el debate procesal y, con ello, respetar la igualdad de las partes en el proceso.

Para el juzgador no hay pobres o ricos, bien asesorados o mal asesorados, poderosos o indefensos. El juzgador debe analizar los hechos, valorar los medios de prueba, aplicar la disposición jurídica pertinente, sin importarle al efecto quienes son las partes.

Las instituciones privadas o públicas (por ejemplo, el Ministerio de Salud) son las llamadas a crear mecanismos que permitan que las personas de bajos recursos que han sido víctimas de una supuesta mala práctica médica puedan

acudir a estas instituciones a fin de evaluar su caso y emitir los informes que sean necesarios a efectos de determinar si hubo o no una mala práctica médica.

Cuando el juzgador comienza a tratar de manera diferenciada a las partes, como quien es el más poderoso, quién es el más fuerte, quién se encuentra en mejor posición que la otra, está entrando en una serie de subjetividades que en nada favorecen el debate del caso concreto, ya que el juez nunca debe perder la perspectiva que lo que resuelve son argumentos jurídicos, independientemente de quien los haya presentado.

Por ejemplo, en un proceso judicial de responsabilidad civil por mala práctica médica, el juzgador advierte que el demandado se encuentra en mejor posición de aportar los medios probatorios en relación a los hechos señalados en la demanda dada la facilidad para obtenerla o por el grado de conocimiento que tiene. En tal sentido, decide invertir la carga de la prueba aplicando la regla de la carga probatoria dinámica.

Respecto a lo indicado en el párrafo precedente, imaginemos que el demandado no presenta ningún medio de prueba. Ante ello, el juez deberá amparar la demanda y condenar al demandado al pago de un monto por concepto de indemnización, ya que asume las consecuencias de su inacción, es decir, tenía la carga de la prueba y no presentó ningún medio de prueba.

Ahora bien, en otro proceso sobre la misma materia en razón de un hecho similar, el juzgador decide aplicar en estricto las reglas de la carga de la prueba señaladas en nuestro ordenamiento, ya que nada le obliga a aplicar la regla de la carga probatoria dinámica. En dicho caso será el demandante quien tenga que aportar los medios probatorios en relación a los hechos que señala y si no



los presenta, el juez, en uso de la regla de la carga de la prueba, tendrá que desestimar la demanda, por cuanto el demandante tenía la carga de probar y no presentó nada.

Lo señalado en los párrafos precedentes no hacen sino reafirmar que otorgarle al juez la posibilidad de invertir la carga de la prueba en razón de la facilidad probatoria podría generar una incertidumbre en los litigantes y una falta de uniformidad de criterios, ya que cada juzgador, atendiendo a su capacidad intelectual, conocimientos jurídicos y experiencia profesional, resolvería de manera distinta en casos similares, lo que generaría una afectación no solo a la predictibilidad de las decisiones, sino también al derecho a la igualdad ante la ley. Debemos entender que el juzgador es él y sus circunstancias.

Si en el proceso en el cual se interpone una demanda de indemnización por daños y perjuicios por mala práctica médica existe suficiente medio de prueba, esto es, existen documentos, un peritaje médico, declaraciones concordantes de los testigos que logren demostrar el hecho generador de la responsabilidad civil que es el acto médico irregular o contrario a la *lex artis*, no necesitamos preguntarnos a quien le correspondía probar tal o cual hecho.

En realidad, la regla de la carga de la prueba es una herramienta que le sirve al juez para poder motivar su sentencia ante la ausencia de medios de prueba suficientes que le causen convicción sobre el hecho generador de la responsabilidad. Es en este escenario en el que el juez se preguntará quién debió probar y no lo hizo, por lo que asumirá las consecuencias de su inacción. Estas reglas de la carga de la prueba están establecidas en la ley.

Lo que se propone en la doctrina y actualmente en la jurisprudencia peruana es concederle al juez la prerrogativa de cambiar la carga de la prueba a quien tiene mayor facilidad de probar tal o cual hecho, constituyendo la regla de la carga probatoria dinámica.

Su incorporación a nuestra legislación como se pretende y su desarrollo en la jurisprudencia peruana no favorecerían una debida motivación de las resoluciones judiciales, pues se vulneraría el derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como tampoco cumpliría con el estándar probatorio que se necesita para considerar que un hecho está debidamente probado.

Tanto la regla de la carga probatoria establecida en la ley como la regla de la carga probatoria dinámica establecida por el juez constituyen cláusulas de cierre. Sin embargo, hay una gran diferencia entre ambas. Las reglas de la carga probatoria tienen un sustento legal, en tanto que la regla de la carga probatoria dinámica no tiene un sustento legal y depende de cada juez que se encuentra resolviendo procesos de responsabilidad civil médica.

La doctrina que propugna la aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica señala que no pretende desplazar a la regla clásica de la carga de la prueba, sino complementarla. No comparto esta afirmación porque justamente cuando el juez decide aplicar la regla de la carga probatoria dinámica deja de aplicar la regla clásica de la carga de la prueba establecida en la ley. De ningún modo se puede decir que la complementa.

También sostienen que la regla de la carga probatoria dinámica se aplicará de manera excepcional en aquellos casos donde la prueba resulte ser difícil. Es decir, que la regla clásica de la carga de la prueba se aplique en la mayoría de

los casos y que la regla de la carga probatoria dinámica se aplique en determinadas circunstancias que a criterio del juez se justifique.

No obstante, como ya señalé, el juez es él y sus circunstancias. Cuando las situaciones no quedan claras desde el inicio, no están precisas, puede generar incertidumbre y con ello inseguridad que poco favor le hace a la poca confianza que ya de por sí tiene la gente respecto a la función jurisdiccional en nuestro país.

Las reglas de la carga de la prueba están señaladas en la ley. Buenas o malas, son el resultado de un consenso en un país democrático. En cambio, la aplicación de la regla de la carga de la prueba dinámica depende de la decisión de una persona.

En todo caso, cuando el juez advierta en un proceso de responsabilidad civil por mala práctica médica una total falta de cooperación de llegar a saber lo que realmente ocurrió por la parte demandada, simplemente tiene que remitirse a lo que dispone nuestra principal norma procesal civil respecto a la presunción y conducta procesal de las partes:

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas. (Código Procesal Civil, 1993, art. 282).

Lo que reafirma aún más que la regla de la carga probatoria dinámica no constituye un instrumento procesal que resulte ser útil. Además, vulnera derechos que ya hemos analizado en la presente investigación.

Un juez no puede ni debe aplicar una regla que sea determinante para el sentido de la sentencia sin tener claro que el hecho generador de la responsabilidad haya sido contrario a la *lex artis*.

Finalmente, debemos precisar que una decisión adoptada por un órgano jurisdiccional que vulnere derechos fundamentales establecidas en nuestra constitución no puede ser considerada válida o conforme a derecho.

## CONCLUSIONES

- Al tener carácter de derecho fundamental reconocida en la Constitución Política del Perú, el derecho a la presunción de inocencia resulta aplicable en el proceso civil y, por ende, en los casos de responsabilidad civil médica.
- En el desarrollo del proceso la carga de la prueba sirve como información para las partes en razón a quien le corresponde probar tal hecho y de asumir las consecuencias en caso de no hacerlo.
- En un proceso judicial de responsabilidad civil por negligencia médica se debe realizar una profunda investigación de los hechos imputados al demandado, ya sea para amparar la demanda o para desestimarla.
- Invertir la carga de la prueba no es una manera idónea para alcanzar la justicia y conocer la verdad, ambas banderas promovidas por quienes se adhieren a la teoría de la carga probatoria dinámica.
- Si el proceso constituye un método, es decir, el camino a seguir, la sentencia constituye la meta. No se puede llegar a la meta si el método no ha sido llevado debidamente conforme a nuestra Constitución.
- La sola afirmación de la parte demandante de que la dolencia que padece es consecuencia de un acto médico mal efectuado no es suficiente para amparar la demanda. Es necesario un peritaje médico que pueda explicarle al juez qué fue lo que probablemente sucedió.
- La sentencia que declara fundada la demanda y ordena al demandado al pago de un monto por concepto de indemnización por daños y perjuicios sin que se halla establecido con precisión lo que ha sucedido y si lo sucedido es imputable al demandado, constituye una motivación aparente.

- Si la sentencia contiene una motivación aparente, entonces constituye una vulneración al derecho a una debida motivación de resoluciones judiciales, la cual está consagrada en nuestra Constitución.
- El acto médico realizado al paciente, en muchas ocasiones, resulta ser complejo y donde usualmente intervienen varios profesionales de la salud. Por consiguiente, dado que la responsabilidad no se puede establecer de manera colectiva, sino de manera individual, es preciso conocer con la mayor exactitud posible cual fue el procedimiento médico que se realizó y si este se hizo conforme a la *lex artis*.
- No existe mayor inconveniente en aceptar la presunción de la culpa. Es más, nuestro Código Civil establece la presunción de la culpa leve en el marco normativo de la responsabilidad civil contractual, en el cual será el deudor quien tenga que demostrar que actuó con la diligencia debida. Asimismo, en el marco normativo de la responsabilidad civil extracontractual, la parte demandante no tiene que probar la culpa, ya que el descargo por falta de culpa le corresponde al autor del daño, es decir, al demandado. Sin embargo, lo que la ley no puede presumir es que el acto médico o el procedimiento médico no fueron idóneos, pues esto se tiene que establecer en el proceso con los medios probatorios presentados e, incluso, con la posibilidad de que el juez haya decidido realizar la prueba de oficio.
- Al juez le debe quedar claro que el acto médico no fue conforme a la *lex artis*. A partir de esto, el juez puede inferir o presumir la culpa del profesional médico que intervino en el acto médico.
- Cuando se habla de responsabilidad civil médica parece que el único problema es determinar la culpa del médico. Sin embargo, el problema

principal es determinar si el acto médico en cuestión fue conforme a la *lex artis* o no.

- La prueba debe ser suficiente para poder enervar la presunción de inocencia y así poder superar el estándar probatorio correspondiente al proceso civil. Dicha prueba contribuye a que la sentencia se encuentre debidamente motivada.
- La aplicación de la carga probatoria dinámica no permite alcanzar dicho estándar. Ni siquiera exige una motivación racional en la decisión del juez en relación a los hechos y las pruebas incorporadas al proceso.
- En los procesos judiciales sobre responsabilidad civil médica, el tema central es la determinación de la mala praxis médica, esto es, determinar si el acto médico fue adecuado o no. Por ejemplo, si el diagnóstico fue correcto, si la intervención quirúrgica fue realizada respetando los procedimientos establecidos, etc.
- Sostener que los problemas de salud del paciente obedecen siempre a un procedimiento irregular o inadecuado por parte del profesional de salud es totalmente arbitrario.
- Todos buscamos llegar a la verdad real de los hechos, es decir, resolver con justicia el caso concreto. No creo que haya persona que no quiera alcanzar la verdad y la justicia en un determinado proceso. La diferencia radica en cómo llegamos a ello, es decir, el método que se utiliza para conseguir o alcanzar esos valores.
- La aplicación de la regla de la carga probatoria dinámica no es un instrumento idóneo para lograr la verdad y la justicia. Por el contrario, genera

arbitrariedad y el incumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales vigentes en nuestro país.



## REFERENCIAS

### LIBROS

- Alvarado V., A. (2007). *Prueba judicial*. Editorial Iuris.
- Alvarado V., A. (2008). *Introducción al estudio del derecho procesal (Tercera parte)*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Benabentos, O. A. (2001). *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Editorial Juris.
- Borda, G. (2006). Responsabilidad civil de los médicos en materia de daños. En J.L. De Los Mozos y C. A. Soto Coaguila (Directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños* (pp. 195-206). Editora Jurídica Grijley.
- Botto O., H. (2006). *La congruencia procesal. Principio base para una teoría general del procedimiento civil. Planteamiento general en relación a la prueba*. M.E.L. Editor.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia (Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México)* (trad. Héctor Fix Zamudio). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Canelo R., R. B. (2017). *La prueba en el derecho procesal. Su valoración testimonial, documental, pericial y sucedáneo*. Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Calvinho, G. (2008a). *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine*. Editorial San Marcos.
- Calvinho, G. (2008b). *El sistema procesal de la democracia. Proceso y derechos fundamentales*. Editorial San Marcos.
- Colomer, H. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch.
- De La Puente y L., M. (2006). El artículo 1762 del Código Civil peruano. En De Los Mozos y De los Mozos, J. L. y Soto Coaguila, C. A. (Directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños* (pp. 17-38). Editora Jurídica Grijley.
- De Trazegnies G., F. (2006). La responsabilidad profesional no existe. En De los Mozos y De los Mozos, J. L. y Soto Coaguila, C. A. (Directores). *Responsabilidad civil. Derecho de daños* (vol. 5) (pp. 357-393). Editora Jurídica Grijley.

- Fernández S., C; Woolcott O., O (2018). *Derecho médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica* (Vols. 1-2) Instituto Pacífico.
- García G., M. (2005). *Las cargas probatorias dinámicas: Inaplicabilidad*. Editorial Juris.
- García Toma., V. (2013). *Derechos fundamentales*. Editorial Adrus.
- Gascón A., M. y García F., A. J. (2005). *La argumentación en el derecho* (2.<sup>a</sup> ed.). Palestra Editores.
- Lorenzetti, R. L. (2006). *La responsabilidad médica*. En J.L. De Los Mozos y C. A. Soto Coaguila (Directores), *Responsabilidad civil. Derecho de daños* (pp. 125-163). Editora Jurídica Grijley.
- Manzanares C, M. (2008). *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. Editora Jurídica Grijley.
- Montero A., J. (2013). *Prueba y proceso civil: Derecho y carga de prueba. Valoración, reglas legales, garantía y libertad*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Mosset, I., J. (2001). *Responsabilidad por daños. Responsabilidad de los profesionales*. Rubinza-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. W. (2010). *Nuevas Tácticas Procesales*. Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Taboada C., L. (2005). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Editora Jurídica Grijley.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. ARA Editores.
- Villegas P., E. A. (2015). *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano*. Gaceta Jurídica.
- Zavaleta R., R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales. Como argumentación jurídica*. Editora Jurídica Grijley.

## **TESIS**

- Córdova V., F. F. F. (2018). *La culpa médica y la aplicación del art. 1762° del Código Civil en la jurisprudencia casatoria peruana en los años 2010 al*

2015 [Tesis de maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio institucional

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7334/DEMcovefff2.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Dominique P., L. (2017). *Ley de creación del seguro médico obligatorio en la región de Huánuco bajo el enfoque de la teoría objetiva de la responsabilidad civil* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. Repositorio institucional.

<http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/3843/TDr.D%2000046%20D88.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Granda D., R. J. (2018). *La ausencia de culpa en la responsabilidad médica* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo] Repositorio Institucional.

<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7435/BC-833%20GRANDA%20DELGADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Martínez U., N. G. (2018). *Responsabilidad civil por negligencia médica y la determinación de la indemnización* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villarreal] Repositorio Institucional.

<http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2703/MARTINEZ%20URQUIZO%20NOE%20GONZALO%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mosquera M., S. (2012). *La legislación peruana frente a la responsabilidad civil médica por mala praxis en el distrito judicial de Ancash, período 2006-2008* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio Institucional.

<http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/952/D.C.%20T-0297.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ojeda A., D.M. (2013). *La carga de la prueba en la responsabilidad civil médica* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo]. Repositorio institucional.

<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7533/111%20OJEDA%20ARRIARAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Velarde, G. I. (2016). *La negligencia médica y la responsabilidad civil en hospitales de El Tambo y Huancayo años 2014-2015* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Hermilio Valdizán]. Repositorio institucional.

<http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/1652/PDCC%2000078%20V39.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Yzquierdo H., L. (2014). *La carga probatoria dinámica, su necesidad de ser legislada en el proceso civil peruano* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo] Repositorio institucional.

<http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7463/BC-122%20YZQUIERDO%20HERNANDEZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

## ARTÍCULOS

Arrarte A., A. M. (2004). Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales en el ordenamiento procesal civil peruano. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal* (30), 163-198.

[file:///C:/Users/USUARIO/Documents/Downloads/139-572-1-PB%20\(1\)](file:///C:/Users/USUARIO/Documents/Downloads/139-572-1-PB%20(1))

Beltrán P., J. A. y Torres M., M. A. (2015). La prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad médica. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (20), 146-155.

<https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/527916/Pruebarelacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bullard G., A. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Themis (Revista de derecho)*, (50), 217-236.

Higa S., C. (2013). El derecho a la presunción de inocencia desde un punto de vista constitucional. *Derecho & Sociedad*, (40), 113-120.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12793/13350>

## PONENCIAS

Arazi, R. (2005, del 26 al 28 de octubre). Teoría general de la prueba: Carga probatoria [congreso]. XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal,

Arequipa, Perú. En Ramírez Prado (Presidente). *Medios probatorios (Teoría general de la prueba)*.

Benaventos, O. (2005, del 26 al 28 de octubre). Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas [congreso]. XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú. En Ramírez Prado (Presidente). *Medios probatorios (Teoría general de la prueba)*.

Parodi R., C. (2005, del 26 al 28 de octubre). La prueba en el garantismo y en el activismo [congreso]. XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú. En Ramírez Prado (Presidente). *Medios probatorios (Teoría general de la prueba)*.

## **CASACIONES Y SENTENCIAS NACIONALES CONSULTADAS**

Casación No. 486-2003-Sullana. (2003, 19 de agosto). Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

<https://vlex.com.pe/vid/-472786266>

Casación No. 5247-2008-Cajamarca. (2009, 21 de mayo). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Castañeda Serrano, M.P.).

<https://www.estudiojuridicolingsantos.com/2013/09/jurisprudenciapresunciondeudaconyugal.html>

Casación No. 4445-2011-Arequipa. (2012, 25 de octubre). Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Castañeda Serrano, M.P.).

<https://es.scribd.com/doc/176611374/Casacion>

Sentencia No. 1744-2005-PA/TC (2005, 11 de mayo). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01744-2005-AA.pdf>

Sentencia No. 00654-2007-AA/TC (2007, 10 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00654-2007-AA.html>

Sentencia No. 10508-2006-PA/TC (2007, 10 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10508-2006-AA.pdf>

Sentencia No. 00728-2008-PHC/TC (2008, 13 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Sentencia No. 7169-2014. (2017, 5 de junio). Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima (Torres Gamarra, M. P.).

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/La-teor%C3%ADa-de-la-carga-de-la-prueba-din%C3%A1mica.pdf>

## **LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES NACIONALES CONSULTADOS**

Código Civil. (1984, 25 de julio).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Código Procesal Civil. (1993, 22 de abril).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010, 3 de octubre).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Constitución Política del Perú (1993, 30 de diciembre).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Ley General de Salud. (1997, 15 de julio).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

Ley Orgánica del Poder Judicial. (1993, 2 de junio).

[http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)