

Los instrumentos procesales de flexibilización de la prueba en la responsabilidad civil médica (*)

The procedural instruments of flexibilization of proof in medical civil liability

Juan Carlos García Huayama ¹

Sumario: Introducción. 1. Instrumentos de flexibilización de la carga probatoria. 2. ¿Resultan de utilidad en el Perú las herramientas de flexibilización probatoria? – A modo de conclusión. – Referencias bibliográficas.

Resumen: El autor evalúa los diferentes instrumentos que se vienen aplicando en la actividad probatoria judicial para asignar la carga de la prueba en un proceso en el que se discute la responsabilidad por mala praxis médica atendiendo a diversos casos sucedidos en territorio nacional y también con base en la experiencia comparada.

Palabras clave: responsabilidad civil, responsabilidad civil médica, mala praxis, proceso, carga probatoria.

Abstract: The author evaluates the different instruments that are being applied in the judicial probative activity to assign the burden of proof in a process in which the responsibility for medical malpractice is discussed taking into account various

(*) Recibido: 16 mayo 2019 | Aceptado: 10 junio 2019 | Publicación en línea: 1ro. julio 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía Civil y Familia de Chiclayo. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

Universidad Nacional de Piura.

cases that have occurred in the national territory and also based on the comparative experience.

Keywords: civil liability, medical civil liability, malpractice, process, burden of proof.

Introducción

El principio de aportación de parte constituye un pilar fundamental del proceso civil, en cuya virtud corresponde a los litigantes introducir en el proceso los hechos, así como las pruebas que sustentan sus pretensiones. Sin embargo, es posible que una vez practicadas las pruebas y llegado el momento de dictar sentencia, el juez considere que los hechos controvertidos por las partes no han conseguido a ser acreditados. A pesar de esta situación de incertidumbre el juzgador no puede dejar de resolver alegando falta de prueba de los hechos que deben sustentar su decisión (*non liquet*)².

Así como al juez se le impone el deber de sentenciar a pesar de esa incertidumbre, es necesario que, al mismo tiempo, el Derecho le diga cómo ha de solucionar el dilema en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho³. Al respecto, Piero CALAMANDREI explica lo siguiente:

[E]l juez aun cuando los resultados de las pruebas no hayan sido tan exhaustivos y decisivos para eliminar de su conciencia toda duda, no puede salir del compromiso con un *non liquet*, y debe siempre emitir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre todos los hechos controvertidos [...] el juez no podría, sin faltar a su deber permanecer en suspenso entre el sí y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decidirse [...] y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos⁴.

² DAMIÁN MORENO, Juan, “La carga de la prueba en el proceso civil español”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017, p. 434.

³ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2005, pp. 112-113.

⁴ CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica, 1961, p. 116.

En cuanto a la carga de la prueba —refiere Hernando DEVIS ECHANDÍA— se deben distinguir dos aspectos:

[E]n primer lugar, es una regla de juicio o dirigida al juzgador, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole expedir una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos. En un segundo aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar⁵.

El principal aspecto de la carga probatoria es ser una regla de juicio que señala al órgano jurisdiccional cómo debe resolver la controversia en aquellos supuestos en los que la actividad probatoria desarrollada en el proceso, no ha sido suficiente para convencer sobre la certeza de los hechos introducidos⁶. En otras palabras, la carga de la prueba básicamente apunta a establecer cuál de las partes corre el riesgo procesal de que cierto hecho no resulte probado o que la prueba colectada sea insuficiente, en consecuencia, dichas reglas en esencia no determinan quién debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que no se produzca⁷.

En sede nacional, la carga probatoria encuentra fundamento legal en el artículo 196 del Código Procesal Civil que señala: “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”. Este dispositivo establece la distribución de la carga probatoria de forma invariable o inmutable, según la cual corresponde al actor demostrar los hechos constitutivos del derecho reclamado, en tanto que incumbirá al accionado acreditar aquellos otros hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá: Temis, 2002, p. 405.

⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, Barcelona: Praxis, 1967, p. 146.

⁷ PEYRANO, Jorge W, *Problemas y soluciones procesales*, Rosario: Juris, 2008, p. 335. En el mismo sentido, el procesalista Jaime GUASP establece que la carga de la prueba es una instrucción para el juez sobre el contenido del fallo que debe dictar cuando no tiene certeza sobre la veracidad de una afirmación de hecho que se emitió en el transcurso del proceso. Así, la sentencia deberá dictarse inapelablemente en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba respecto de los hechos no probados o no suficientemente aclarados durante el proceso (GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid: Civitas, 1968, p. 326). Igualmente, MONTERO AROCA expresa que “las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar *a priori* qué hechos deben ser probados por cada parte (que sería la llamada carga de la prueba en sentido formal, aunque existen algunas reglas en este sentido), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando una afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material)” (MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 113).

Si bien es verdad el mantener reglas pétreas o estáticas en la carga probatoria conlleva que los litigantes puedan predecir las consecuencias de sus conductas, favoreciendo así a un proceso más justo, también es cierto que en ocasiones la prueba de los hechos que invoca el actor puede resultar particularmente difícil de obtener, poniendo el peligro la posibilidad de encontrar tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión. En estos supuestos de dificultad probatoria una aplicación inflexible de la carga de la prueba, puede llegar a vulnerar los derechos de los justiciables que no tienen por qué verse afectados, a pretexto de una lectura tan inequitativa que, cercene intereses y prerrogativas legítimas pasibles de salvaguarda y tutela efectiva⁸.

Esta situación de dificultad probatoria se evidencia usualmente en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria. No se puede negar que comúnmente resulta complicado para el paciente demostrar que el médico no actuó conforme a la *lex artis*, ya que encontrará múltiples obstáculos procedentes principalmente de la patente asimetría existente entre el paciente y el médico o centro sanitario que abordó su terapia, no solo en relación a la proximidad a las fuentes de prueba sino también a las posibilidades de acceso al conocimiento, que cada uno de ellos tiene, acerca del desarrollo de los hechos y de su valoración técnica o científica⁹.

Así, en primer lugar, la dificultad probatoria del paciente se debe a su falta de disponibilidad respecto de las fuentes de prueba, pues estas se encuentran dentro del ámbito de disposición de los médicos o centro de salud demandados, que peculiarmente no corren con la carga de acreditar el hecho, en otros términos, en la práctica nada de lo exigido al actor es fácil de conseguir, entre otras cosas porque las pruebas que ha de presentar el paciente se encuentran en un terreno que le es ajeno: el entorno del propio médico.

En tal sentido, no le falta razón a la profesora de la Universidad de Navarra, Leyre ELIZARI URTASUN, cuando sostiene que usualmente el paciente se encuentra en una situación probatoria desfavorable pues para probar que el médico ha infringido la *lex artis ad hoc*:

[Se] requiere, primero, saber qué sucedió, con acceso a unas pruebas que no están en su mano (historia clínica, informes, resultados de pruebas, identificación de posibles testigos integrados en la órbita del demandado,

⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2011, p. 185.

⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006, pp. 176-177.

compañeros de trabajo...), y segundo, interpretar los hechos y demostrar que el comportamiento del médico no fue correcto conforme al estado de la técnica, para lo que necesita conocimientos científicos de los que carece¹⁰.

En el mismo sentido opina la jurista peruana María Elena GUERRA CERRÓN, quien sostiene lo siguiente:

[E]l paciente demandante está en una posición asimétrica respecto al médico o institución médica, toda vez que no tiene acceso directo a los medios probatorios, y con ello se limita su derecho a la producción de la prueba. Hay que agregar, sin que ello signifique una generalización, que existe peligro potencial que los medios probatorios sean manipulados o, inclusive destruidos, en el lapso que son requeridos por el juez hasta el cumplimiento de su aportación”¹¹.

En segundo lugar, el paciente también se encuentra en desventaja por su falta de conocimiento en cuanto al desenlace los hechos y su valoración científica. Es el profesional de la salud quien, por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, puede acreditar con mayor facilidad que su proceder ha sido correcto, en tanto que la parte agraviada encontrará bastante dificultad para probar el actuar indebido del galeno.

En tercer lugar, se debe considerar que en la actualidad el acto médico normalmente se desarrolla en grandes organizaciones sanitarias, resultando complicada la tarea de proceder a individualizar a la persona directamente responsable del daño causado, máxime cuando no existen más testigos que el profesional médico y el paciente, como sucedería, por ejemplo, cuando

¹⁰ ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 60. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA CREMADES, cuando indica “[...] es la víctima del daño, o en este caso sus familiares, quienes si demandan tienen la carga de probar lo que ocurrió [...]. Víctima o familiares que, como decimos, no han tenido ni el control ni el dominio del acto, carecen de documentación, tienen que tomar la iniciativa de pedirla, y si tiene la suerte de obtenerla, de interpretarla, y de probar que hay relación de causa a efecto, que se ha infringido la *lex artis*, y que el daño es antijurídico” (GARCÍA CREMADES, Gabriel, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Madrid: Thomson Reuters, 2016, p. 243). Asimismo, el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 29 de noviembre del 2002, destaca: “El deber procesal recae también sobre los facultativos demandados, que por su propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición goza de una posición procesal mucho más ventajosa que de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión” (sentencia citada por FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, en ABEL LLUCH, Xavier y Joan PICÓ I JUNOY (coord.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Madrid: Bosch, 2007, p. 211).

¹¹ GUERRA CERRÓN, María Elena, “La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica”, en *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 140.

este sufre daños al momento que se encuentra anestesiado al interior de un quirófano; en dicho contexto la exigencia de prueba al paciente respecto de los hechos y circunstancias en que habría ocurrido el suceso dañoso resultaría equivalente a negarle toda oportunidad de éxito, pues resulta evidente que son los médicos participantes del acto quirúrgico quienes están en mejores condiciones que la víctima para ofrecer y producir la prueba respectiva.

En cuarto lugar, en el ámbito bajo estudio existe con frecuencia una práctica mal denominada “solidaridad profesional” que con frecuencia induce, a veces inconscientemente, a disimular o exculpar las faltas del compañero a través de los dictámenes periciales, con la ventaja de que en este caso, al revés de lo que sucede con el testimonio, se actúa con la mayor impunidad, pues es muy difícil que pueda probarse la intencionada falsedad del dictamen¹². Respecto al este punto, jurisprudencia argentina ha expuesto que:

[E]xisten dificultades prácticas en la determinación de la responsabilidad médica, no solo por la reticencia, reserva y circunspección con que los profesionales de la medicina suelen juzgar públicamente la labor de sus colegas, y su eventual inclinación a eximirlos de culpa, sino también por la facilidad con que en ese campo particular de la actividad profesional es dado por disimular la negligencia o impudencia¹³.

Ante esta dificultad probatoria, la aplicación rígida de la carga probatoria puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil. En un contexto así, no puede seguir pregonándose, a ultranza y para todos los casos una irreflexiva inmovilidad, inflexibilidad o estatismo sumos, los que no se conmueven, conduelen o varían en consideración a la realidad de determinados acontecimientos constitutivos de imposibilidad o de marcada dificultad que, a la postre, en dichas circunstancias, terminarían por cercenar derechos y expectativas legítimas, en contra de una recta y democrática humanización de la justicia y de la aplicación responsable de axiomas como el principio *pro damnato* o el *favor probationem*¹⁴.

Es por eso que las modernas corrientes doctrinales y jurisprudenciales abogan por la adopción de criterios más flexibles o dinámicos, que en aras de la justicia permitan al juzgador —en precisos y puntuales supuestos de especial dificultad probatoria—, apoyarse en ellos válida y mesuradamente, por ejemplo, en los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, en

¹² MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017, pp. 256-257.

¹³ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, ob., cit, p. 256.

¹⁴ JARAMILLO JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., pp. 209-210.

orden a distribuirla equitativamente, consultando el comportamiento de las partes en el litigio, brújula de inconmensurable valía en el proceso judicial¹⁵. Asimismo, los órganos jurisdiccionales tienden a aliviar la tarea probatoria del paciente, mediante presunciones de la negligencia profesional, cuando los indicios son muy cualificados, anormales y el daño irrogado al paciente es desproporcionado. Con ello se trata de evitar que la víctima de un daño sea doblemente víctima: del daño y de su imposibilidad de probar la causa.

1. Instrumentos de flexibilización de la carga probatoria

Hemos indicado que en ocasiones demostrar la responsabilidad del agente dañoso con arreglo al esquema tradicional podría llegar a convertirse en una verdadera prueba diabólica para la víctima. De ahí que en el Derecho comparado haya tenido lugar el desarrollo de una serie de instrumentos o mecanismos dirigidos a facilitar la tarea probatoria del paciente, quien es la parte que usualmente se encuentra en desventaja. Con esto se busca lograr el necesario equilibrio entre ambas partes, aligerando el rigor de las exigencias probatorias antes mencionado, sin que ello implique en forma alguna, hacer recaer sobre los facultativos todas las consecuencias de los procesos patológicos de sus pacientes¹⁶. Es decir, las reglas de la carga de la prueba no pueden alterarse caprichosamente siempre y, en cualquier caso. La regla general seguirá siendo el principio de aportación de parte, solamente en los supuestos de extrema dificultad probatoria, podrá acudir a los criterios correctores que desarrollaremos a continuación.

1.1 Distribución dinámica de la carga probatoria

Con este mecanismo se abandona la rigidez propia del sistema tradicional para hacer recaer la carga de la prueba en la parte que, según las circunstancias del caso concreto, se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba. Esta teoría fue formulada por el jurista argentino Jorge PEYRANO en los siguientes términos:

Superada la época —aunque no del todo— en la cual tales cargas (probatorias) conformaban un sistema pétreo, hoy ya se habla de cargas probatorias dinámicas; vale decir que pueden recaer —descartando así los apriorismos del sistema tradicional— en cabeza del actor y demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*, p. 186.

¹⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 4.ª ed., Madrid: Thomson Reuters, 2014, p. 129.

¹⁷ Citado por LLAMAS POMBO, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, art. cit., pp. 187-188.

Se le denomina “dinámica” porque salta del actor al demandado y viceversa, conforme a las pautas que resultan de las particularidades de cada caso y que se asientan en el concepto de facilidad probatoria y en el deber de colaboración en el aporte de los medios de convicción¹⁸. Esto es, la carga dinámica de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso específico, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, esta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo¹⁹.

Danilo KNIJNIK asevera que las cargas probatorias dinámicas encuentran dos órdenes de fundamentación: a) en primer lugar, la carga dinámica deriva del principio de igualdad de las partes en bases materiales, lo que supone que para su aplicación se debe constatar una situación de asimetría trascendente en relación a las posibilidades probatorias de las partes. Una se posiciona con un orden dominante de presentación de pruebas frente a otra que, siendo inferior, está impedida de producirla, como ocurre generalmente con los errores quirúrgicos, en los que el paciente inclusive se encuentra anestesiado en el curso de los acontecimientos introducidos en el proceso y, b) el segundo orden de fundamentación radica en los deberes de lealtad y colaboración de las partes, esto es, en el deber mutuo que las partes tiene de conducirse con lealtad, probidad y buena fe durante el proceso, para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación para con el órgano jurisdiccional, desentrañando cómo ocurrieron los hechos para que el juez dicte una sentencia justa, pero obviamente observándose que nadie puede ser compelido prueba contra sí²⁰.

A su vez, Darío PARRA SEPÚLVEDA considera que la distribución dinámica de la carga probatoria halla sus bases en la aplicación del principio *favor debilis, pro damnato* o *favor victimae*, puesto que si bien no siempre será el médico quien se encuentra en mejores condiciones de probar (ya que hay hechos cuya prueba solo puede y debe aportar el paciente), resulta indudable

¹⁸ DE LOS SANTOS, Mabel, “Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas en la obra de Eduardo J. Couture”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017, p. 428.

¹⁹ PÉREZ RESTREPO, Juliana, “Carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil administrativa por la actividad médica —decaimiento de su aplicabilidad—”, en *Estudios de Derecho*, vol. 68, n.º 152, 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Uki6Ss>>.

²⁰ KNIJNIK, Danilo, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio diabólica*”, en CAVANI BRAIN, Renzo y Víctor DE PAULA RAMOS (coord.), *Prueba y proceso judicial*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 337-338.

que el profesional médico y el profano paciente no se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de acreditar determinados hechos (como por ejemplo la entrega de información al paciente o la existencia del consentimiento previo a la intervención médica, entre otros), resultando, al menos en teoría, más fácil para el galeno la aportación de ciertas pruebas porque este maneja la información de lo realmente sucedido, sabe lo que hizo y cómo lo hizo, quiénes intervinieron, qué tratamientos y/o aparatos se emplearon²¹.

Esta teoría no puede aplicarse con criterio general e indiscriminado, sino que su uso es residual. Por consiguiente, como constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución de la carga de la prueba, solo funciona cuando la aplicación rígida o mecánica de la ley conduce a resultados inocuos o nada válidos.

También se debe advertir que corresponde tener cuidado de anticipar la variación de los criterios clásicos de distribución de la carga de la prueba para evitar afectar el derecho de defensa de los litigantes. En este sentido se pronuncia Carlos Alberto ÁLVARO DE OLIVEIRA cuando indica lo siguiente:

[E]s inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por alguna decisión que se apoye en un punto fundamental, en una visión jurídica de la que no se haya dado cuenta. El tribunal debe, por tanto, dar conocimiento previo de cuál es la dirección en que el derecho subjetivo corre peligro [...]. Dentro de la misma orientación, la libertad concedida al juzgador [...] no dispensa la previa audiencia de las partes sobre los nuevos rumbos a ser imprimidos al litigio, en respeto al principio del contradictorio²².

En el ámbito sanitario con frecuencia se emplea la carga probatoria dinámica en casos de infecciones nosocomiales, transfusiones con sangre contaminada y consentimiento informado. En Argentina, la jurisprudencia ha recurrido a esta teoría en casos de contagio de enfermedades por transfusiones sanguíneas, como sucedió en el proceso donde un médico de un hospital público extrayendo sangre a un menor de edad contagiado con SIDA en estadio C-3 con gran carga viral, sufrió un pinchazo inyectándose sangre en uno de sus dedos de la mano. Luego descubrió que era H.I.V asintomático, por lo que accionó por daños contra la Municipalidad de Buenos Aires, titular del centro asistencial donde trabajaba. El caso llegó a la Sala F de la CNCiv,

²¹ PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Madrid: Universidad Carlos III, 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/2uOh8i1>>.

²² Citado por KNIJNIK, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio diabólica*”, art. cit., p. 341.

que con sentencia de fecha 15 de mayo de 2000, consideró que en temas de responsabilidad médica por transmisión de enfermedades, la carga probatoria del actor se aligera y la relación de causalidad se dará por cierta, correspondiendo en todo caso a la parte accionada probar la inexistencia del vínculo causal, señalando al respecto:

[T]ratándose de responsabilidad civil derivada del contagio de enfermedades en actividades vinculadas al desarrollo científico y/o tecnológico, la prueba misma de la relación causal en cuanto al origen del contagio puede transformarse en diabólica [...] en tales hipótesis, si se prueba el contacto físico entre el actuar —riesgoso, culposo, etc.— y el menoscabo que presenta el enfermo —muerte o daño a la salud— y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño, ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa la demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias²³.

El Tribunal Supremo español²⁴ aplicando esta doctrina en el deber de información que tiene el médico, antes de recabar el consentimiento del

²³ Sentencia citada por ALFREDO SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia argentina”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006, pp. 229-230.

²⁴ Así, por ejemplo, en la sentencia de fecha 02 de diciembre de 1996, donde el Tribunal Supremo analizó la demanda formulada por el cónyuge de una paciente que sufrió una copiosa hemorragia postparto determinante de una anoxia cerebral, que produjo una encefalopatía con graves secuelas. Aquí el Tribunal Supremo español, utilizando la teoría bajo comentario, llegó a propugnar una inversión de la carga probatoria, motivada principalmente por la obstaculización de la actividad probatoria por parte de los facultativos demandados, hecho que fue resaltado en los siguientes términos: “El criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba [...] paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de la misma clase. Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a lo que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no solo hace mucho más dificultosa la prueba sino que evidencia, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del centro hospitalario demandados”.

paciente, llegó a la conclusión que la carga de la prueba sobre este extremo corresponde a los sujetos responsables de proporcionar la información y, en su caso, al propio centro de salud, al entender que es más fácil para estos probar un hecho positivo (haber informado), que para el paciente probar uno negativo (la falta de información)²⁵.

Es más, en España la teoría bajo análisis fue incorporada expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 217.7, relativo a la carga de la prueba se establece que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada parte en litigio”. Esto, *grosso modo* significa que los jueces han de tener en cuenta los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, que atienden a la posición de las partes en el proceso y, en particular, al hecho de que uno de ellos disponga en exclusiva de un medio de prueba de interés para el proceso y, por lo tanto, resulte imposible a la contraparte acceder a él, a o la mayor facilidad con la que uno de ellos puede aportar una determinada prueba²⁶. Joan PICÓ I JUNOY, comentando el mencionado artículo 217.7 de Ley de Enjuiciamiento Civil, expone lo siguiente:

[S]e utiliza la disyuntiva “y” para diferenciar la disponibilidad de la facilidad probatoria, por lo que son distintos ambos criterios de flexibilización de las reglas de la carga de la prueba. El problema consiste en dotar de contenido propio a ambos conceptos [...]. Partiendo de ésta dificultad de delimitación conceptual, por “*disponibilidad*” la jurisprudencia suele referirse a la situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o fuente de prueba, y esta disponibilidad puede ser material, entendida como la tenencia de un documento, o intelectual, considerando el forzoso conocimiento que una parte debe tener del hecho a probar. El criterio de la “*facilidad*” es comprensivo de la disponibilidad pues, por lógica, quien tiene disponibilidad de la prueba tiene facilidad para aportarla al proceso [...]. Sin embargo, la facilidad probatoria va mucho más allá de la disponibilidad pues como veremos, abarca supuestos de acceder a la prueba por tener un mayor número de recursos económicos respecto de la parte contraria, serle más fácil su adquisición, o poder acceder a ella de forma más rápida, fiable, segura, etcétera²⁷.

²⁵ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 80.

²⁶ SILLERO CROVETTO, Blanca, “La responsabilidad civil médico sanitaria”, en CAMAS JIMENA, Manuel (coord.), *Responsabilidad médica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 205.

²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, “La carga de la prueba”, en PICÓ I JUNOY, Joan, Xavier ABEL LLUCH y Berta PELLICER ORTIZ (coord.), *La prueba civil a debate judicial. Estudios prácticos sobre la prueba civil I*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, pp. 38-39.

A nivel latinoamericano, la carga probatoria dinámica se encuentra recogida en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial argentino, vigente desde el 1 de agosto del 2015, donde se señala lo siguiente:

[E]l juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla [...] si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

De igual forma, en Colombia el artículo 167 del Código General del Proceso, que se encuentra en vigencia desde el 1 de enero del 2016, luego de establecer como regla general que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, agrega que:

[S]egún las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

En nuestro ordenamiento jurídico la carga probatoria dinámica no tiene regulación legal expresa, sin embargo, ha sido admitida vía jurisprudencia del más alto nivel. Así, se encuentra sentencias tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de la República que contienen una línea jurisprudencial en el sentido que la carga probatoria no debe ceñirse a un criterio inflexible y, por el contrario, deberá adaptarse a las exigencias de cada caso en concreto, atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados o rechazados por las partes, a la facilidad o dificultad de probar, etcétera.

Así, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2007-AA/TC, que resolvió el proceso de amparo seguido por don Víctor Augusto Morales Medina que trasladó sus aportes de la ONP a la AFP Unión Vida, luego quería regresar a la ONP alegando que la indicada AFP no le brindó información suficiente sobre las consecuencias de tal cambio, lo que le habría inducido a error. Como el demandante no podía acreditar la información que había presentado la AFP Unión Vida, el supremo intérprete constitucional recurrió a la teoría de las cargas probatorias dinámicas para invertir la carga e imponer como regla que, en estos supuestos, corresponde a la AFP acreditar la información brindada a

sus afiliados, ya que se encuentra en mejores posibilidades de producir esa prueba. Al respecto, sostuvo:

[Se] ha señalado *prima facie* que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que 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, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también se ha ocupado de la carga probatoria dinámica en diversas ocasiones²⁸. En la Casación N.º 4445-2011-Arequipa correspondiente a un proceso sobre Impugnación de acuerdos asociativos, llegó a la conclusión que la persona jurídica demandada está en mejores condiciones para acreditar la formalidad a la convocatoria a asamblea general, estableciendo la casación citada:

[E]n líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquel en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán fundamento de las sentencias. Este principio dispositivo está consagrado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que el demandante y el demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda y contestación de demanda, respectivamente [...] Que, no obstante, lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores

²⁸ Tal como ocurre en el séptimo considerando de la sentencia casatoria N.º 5247-2008-Cajamarca, donde se sostuvo: “En este orden de ideas, habiendo la parte demandada —cónyuge— señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera 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 aptitudes de tenerlas, pues solo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho [...]”. Asimismo, en la Casación N.º 1385-2004-Lima, sobre nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, se indicó: “El colegiado ha desestimado pues las máximas de la experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98”.

condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AA/TC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que: “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, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”. Es así que en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba [...] Que, debe ponderar la situación que cuando quien tiene la carga de probar se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que quien está en la contraparte tiene fácil acceso a los medios probatorios, pero que al verse beneficiado por no estar gravado con la carga de la prueba y en consecuencia no tener incentivos para aportar las mismas, toma ventaja de esta situación para ganar posiciones dentro del proceso o probablemente obtener un resultado final favorable ante la imposibilidad de quien alega los hechos de comprobar sus afirmaciones [...] En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria.

En sede administrativa, esta teoría fue aplicada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, en el caso que resolvió la denuncia formulada por los hermanos Ana Milagros, Mónica Rosario y Humberto Vidal Cabello, quienes señalaban que el 17 de abril del 2007, su padre el señor Lorgio Vidal acudió a la Clínica San Borja a fin de recibir atención de emergencia, luego de sufrir una caída que le produjo una fractura de cadera. Agregan los recurrentes que su padre era un paciente de alto riesgo quirúrgico pues tenía antecedentes de diabetes mellitus, cardiopatía con dolor precordial, hipertensión arterial e infección urinaria. Los exámenes practicados al señor Lorgio Vidal detectaron que padecía de infección urinaria y una enfermedad obstructiva vesicular, por tal motivo, los médicos tratantes en anestesiología y endocrinología determinaron que no podía ser operado hasta después de haber transcurrido 72 horas, esto es, el 21 de abril del 2007. A pesar de dichas indicaciones, la operación del señor Lorgio Vidal fue adelantada para el 20 de abril de 2007, siendo que en el reporte operatorio no se registró la hora de inicio ni su finalización. Es el caso que, durante la intervención quirúrgica, el paciente presentó bradicardia severa y posteriormente paro cardio respiratorio durante dos minutos, hasta que el cardiólogo acudió a la sala de

operaciones e inició las maniobras de reanimación. Debido a la condición médica del señor Lorgio Vidal se requería la elaboración de un adecuado estudio de riesgo anestesiológico, la presencia de un especialista en cardiología en la sala de operaciones y del aprovisionamiento de unidades de sangre para mantener estable la cantidad de hemoglobina del paciente, sin embargo, la Clínica San Borja no adoptó dichas medidas de precaución al omitir su obligación de efectuar la evaluación de riesgo anestesiológico al paciente.

La Clínica San Borja alegó como argumento de defensa, que los denunciantes no acreditaron la falta de un estudio de riesgo anestesiológico. Asimismo, cuestionaron los resultados del informe pericial sosteniendo que si bien no existe un documento específico que haga referencia al estudio de riesgo anestesiológico, en la historia clínica existe evidencia que la tratante especialista evaluó al paciente antes del ingreso a cirugía. El Indecopi, al analizar el tema de la prueba sostuvo lo siguiente:

26. Atendiendo a lo señalado en los puntos precedentes, la Sala considera que, en el caso objeto de controversia, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues resulta claro que la acreditación del defecto constituye una carga de imposible cumplimiento para los denunciantes. Por el contrario, es evidente que el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio que permita establecer de manera certera la realización o no de un adecuado estudio de riesgo anestesiológico era la Clínica San Borja, pues era esta la que estaba a cargo de la atención del paciente y tenía acceso a la información respecto del estado en que se encontraba.

27. Con el objeto de probar la existencia de una evaluación de riesgo anestesiológico, la Clínica San Borja hizo referencia a la anotación efectuada por la doctora Manrique el día 19 de abril de 2008, la cual menciona expresamente: “Paciente diabético. Con infección urinaria. Con estos antecedentes no puede entrar en cx. Por lo menos 48 a 72 horas. Es paciente de alto riesgo. Que después del acto quirúrgico se complica”.

28. En opinión de la Sala, dicha anotación no es suficiente para sustentar que se realizó una evaluación anestesiológica del paciente, pues la indicación transcrita solo hace referencia al tiempo de espera recomendado para la operación y una mera referencia a su estado general, sin consignar una evaluación concreta de su riesgo anestesiológico.

Es conveniente que en nuestro ordenamiento jurídico se regule la teoría de las cargas probatorias dinámicas, habilitando expresamente al juez para asignar la titularidad de la carga de la prueba en cada caso concreto, considerando la mejor posición para probar en que se encuentre alguno de los litigantes en virtud de su cercanía y disponibilidad con el material

probatorio, evitando dejar en indefensión a alguna de las partes y garantizando así realmente el derecho de tutela jurisdiccional efectiva.

Por ahora, solo el Anteproyecto de Reforma del Código Civil recoge la teoría analizada en el artículo 1986, estableciendo: “Según las circunstancias del caso, y siempre que no se genere indefensión, el juez puede invertir o distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, incluido el supuesto de culpa y dolo”²⁹. Según la exposición de motivos, esta disposición daría lugar a una norma general de carga de la prueba aplicable a todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, habilitando a que el magistrado, solo en tanto no se genere indefensión a ninguna de las partes en el proceso, pueda distribuir la carga de la prueba a quien se halle en mejor condición para aportarla.

Con el objetivo de poner en evidencia la dificultad probatoria en que usualmente se encuentran las víctimas de mala práctica médica, comentaré la Casación N.º 4056-2010-Arequipa. En este caso doña Karin Marleni López Benavides demandó por inejecución de obligaciones al Centro Universitario de Salud Pedro P. Díaz y al galeno Américo Mayorga Canales, alegando que acudió al indicado centro de salud para ser atendida en su parto, en dicha ocasión se le manifestó que si nuevamente quedaba en estado de gestación tendría un embarazo de alto riesgo, por tanto, el galeno Américo Mayorga Canales le practicó una ligadura de trompas para evitar de manera definitiva quedar embarazada y evadir complicaciones posteriores a su salud; no obstante, resultó en estado de gestación en abril del 2002, suceso que fue traumático tanto para la recurrente como para su cónyuge debido a que contrarió su libre decisión de no procrear más hijos y a la difícil situación económica que atravesaban. Agrega la accionante que luego del período de gestación nació su tercera hija Támara Estefani Alvis López, el 23 de enero del 2003, dicho parto se realizó en el Hospital Edmundo Escomel del Seguro Social de Salud, donde se le practicó una segunda ligadura de trompas, evidenciándose que en la anterior operación realizada por el galeno Mayorga Canales la ligadura nunca se realizó o en todo caso, se empleó un procedimiento errado que no logró la esterilización, hecho que conlleva graves perjuicios por la carga extra que debe afrontar por el error cometido por el referido médico.

La sentencia primera instancia declaró infundada la demanda, argumentando que en abundante literatura especializada no contradicha se concluye que, en las intervenciones de ligadura de trompas, existe la posibilidad de que los

²⁹ S/a, “Este es el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, Lima: julio del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2Voeonb>>.

canales se reconduzcan de modo espontáneo. A su vez, la Sala Superior confirmó la recurrida indicando que con la prueba pericial del médico obstetra Germán Benildo López Chávez se acreditó que es posible la canalización de los conductos, pues esto se produce por la técnica mal empleada o por el fracaso de la esterilización debido a una reconstrucción espontánea como reacción del organismo, “no existiendo evidencia que el médico que practicó la primera intervención haya incurrido en mala praxis dado que el método empleado no es cien por ciento seguro”.

La demandante formuló recurso casatorio, el mismo que fue declarado infundado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, estableciendo que no se encontraba acreditado el alegado cumplimiento defectuoso de la obligación, en la medida que al practicarse la intervención quirúrgica a la accionante, esta prestó su autorización y fue debidamente informada de la existencia de un riesgo mínimo de falla del método, detalle que inclusive le fue explicado cuatro días antes de realizarse la intervención según lo han constatado las instancias de mérito. Asimismo, sobre la base de la pericia emitida en autos, se establece que efectivamente en este tipo de casos hay un margen de error (veinte por mil) y, en consecuencia, pudo ocurrir una canalización del conducto en forma natural, lo que posteriormente ocasionó el embarazo de la actora. Sin embargo, el Tribunal Supremo en el caso comentado, omitió considerar que durante el proceso a pesar del requerimiento judicial, el codemandado Centro Universitario de Salud Pedro P. Díaz no cumplió con exhibir el Informe Operatorio e Historia Clínica N.º 840614 registrado a nombre de la demandante, aun cuando el juzgador había precisado que dicha conducta procesal se tendría en cuenta al momento de sentenciar.

Conocemos que la historia clínica contiene los datos que permiten hacer un seguimiento de las enfermedades padecidas por el paciente así como los tratamientos médicos o quirúrgicos recibidos en cada atención sanitaria a la que fue sometido, entonces, constituye el documento más importante que se puede aportar en un proceso de responsabilidad médica, pero dado que dicho documento se encuentra en la esfera del médico o establecimiento de salud demandado, son estos quienes tienen mejor acceso a tal medio.

En este sentido, la resistencia a exhibir la historia clínica a pesar del requerimiento efectuado por el juez de primera instancia, evaluado en conjunto con el embarazo de la accionante posterior a la ligaduras de trompas, conlleva a establecer indicios suficientes para apreciar existencia de responsabilidad; máxime cuando con esta conducta se obstaculiza la práctica de una prueba esencial en el proceso judicial y no se coopera de buena fe a facilitar su producción; por lo tanto, en el caso específico

correspondía acudir a la distribución dinámica de la carga probatoria, a efecto de atenuar el rigor de la regla que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre la recurrente, desplazándola, en su lugar hacia la parte demandada.

La no exhibición de la historia clínica por parte del establecimiento médico accionado supone cualquiera de las siguientes posibilidades: que esta nunca se realizó; que se encuentra irregularmente elaborada o que dicho documento se extravió; todos estos supuestos resultan sumamente graves pues:

[N]o es imaginable que los médicos no cumplan con el deber de confeccionarla o que tal ausencia o desaparición pueda suceder dadas las medidas de seguridad a que están obligados adoptar los establecimientos de salud o los médicos en lo que concierne a la correcta conservación de tan importante documento médico. Esta grave irregularidad origina una presunción judicial de culpa, así como acarrea la inversión de la prueba. En este sentido corresponde al médico probar que actuó con diligencia para liberarse de responsabilidad³⁰.

Es así que consideramos que, en el caso analizado, la ausencia del informe operatorio e historia clínica durante el proceso judicial debió resultar desventajoso para los demandados a quienes les era exigible como colaboración, en la difícil actividad esclarecedora de los hechos de la naturaleza que aquí se trata, sin embargo, las instancias de mérito pasaron por alto la renuencia de los accionados.

En efecto, las decisiones de instancia que desestiman la demanda encuentran su principal fundamento en la pericia gineco-obstetra que emitiera el perito Germán Benildo López Chávez, quien manifestó que a consecuencia que la demandante fue intervenida por segunda vez, resultaba imposible determinar si la canalización de los conductos posteriores a la primera ligadura de trompas, se produjeron por la técnica mal empleada en dicho acto o por una reconstrucción espontánea del organismo. La Corte Suprema no advirtió que la incertidumbre no ha podido desvanecerse precisamente por falta de un elemento determinante como es la historia clínica y esta renuencia nunca puede favorecer al demandado, pues corresponde colegir que su obstinación en ocultar dicho documento es porque contiene información que resulta contraria a sus intereses; además, en procesos semejantes bastaría a los establecimientos de salud ocultar la historia clínica para disminuir el grado de responsabilidad. Es que con el razonamiento de las instancias de mérito se abre las puertas para que, en casos posteriores, los establecimientos médicos demandados prefieran asumir las consecuencias por la pérdida de la

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La responsabilidad civil médica y el consentimiento informado*, Lima: Motivensa, 2011, p. 665.

historia clínica y no por la mala praxis —ya que recaería una prueba diabólica para los accionantes sin la historia clínica— con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Además, la ausencia de toda colaboración de parte de los demandados privó al proceso de fundamentales elementos de juicio para determinar la culpa imputada en la demanda, lo que, en definitiva, gravitará en su contra. Se debe tener en cuenta que una conducta pasiva en materia probatoria constituye una violación a elementales principios de buena fe, que no se puede dejar de valorar al momento de fallar³¹.

En consideración a los argumentos expuestos, creemos que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema se equivocó al declarar infundado el recurso casación, pues resulta evidente que las instancias de mérito no han realizado un análisis exhaustivo respecto a los extremos precedentemente señalados, situación que importa una afectación al debido proceso; en todo caso, como el Colegiado Supremo consideró que lo solicitado por actora incide en la revaloración de la prueba aportada al proceso, hubiera procedido a declarar nula la sentencia de vista a efectos que se emita nuevo pronunciamiento conforme a los lineamientos antes citados.

1.2 La regla *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas)

Esta regla denota semánticamente que “las cosas hablan por sí solas”, o que “los hechos hablan por sí solos”, esto es, son tan apodícticos, tan ostensibles, que bien puede de ellos deducirse o desprenderse, a partir de una valoración póstuma, que no pudo el galeno haber obrado con la diligencia profesional debida, de tal manera que su culpa brotará del hecho o acto médico, en sí mismo considerado, dueño de una elocuencia sin par, o de otra actividad análoga³².

Al respecto, Eugenio LLAMAS POMBO anota que la regla *res ipsa loquitur* no es sino una presunción, en virtud de la cual se permite deducir de un hecho probado y evidente la existencia de culpa. Hay veces en que “las cosas hablan por sí mismas”, no hace falta que hable el hombre, existe una *circumstantial evidence*, que permite inferir no solo la causalidad, sino también la culpa: cuando se amputa la pierna equivocada, o se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, o se olvida una gasa o pinzas en la zona intervenida, o el

³¹ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 185.

³² JARAMILLO JARAMILLO, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 215.

odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, escasa o nula prueba requiere la culpa³³.

El efecto práctico al cual conduce esta regla estriba en superar las dificultades que tradicionalmente acompañan las cuestiones relativas a la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil. A partir de ella el tribunal considera responsable a quien cause un daño en circunstancias que hablan por sí mismas. Se trata de situaciones en las que todo resulta tan claro que el daño no puede ser explicado si no se atribuye un grado de culpa a su autor. La culpa surge cantada de los hechos probados³⁴.

Se indica que la expresión *res ipsa loquitur* fue empleada por primera vez por Cicerón en el año 52 a. C., como argumento probatorio en el discurso forense “en defensa de Milón”, quien al parecer ordenó tender una emboscada a Clodio, jefe del partido popular, en la que este cayó asesinado. A lo largo de la defensa de Milón, Cicerón intentó demostrar que si Milón mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias, a su juicio, eran elocuentes (Milón iba con ropa que entorpecía la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa [...] Mientras que Clodio se desplazaba solo y se había desviado de su trayecto para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón iba a transitar por él para asistir a un festejo). Estos datos revelaban, indican o nos hablan —según Cicerón— de la presencia de una causa de justificación. Sin embargo, esta defensa no tuvo éxito, pues Milón fue condenado al destierro³⁵.

Casi dos mil años después se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* en el entorno anglosajón, específicamente en el caso *Byrne vs. Boadle*, resuelto en 1863, donde un transeúnte demandó al propietario de una tienda por las lesiones sufridas tras caerle un barril de harina desde la ventana del segundo piso de dicho local. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados, pero a pesar de ello el caso

³³ LLAMAS POMBO, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, ob. cit., p. 181. En el mismo sentido opina GARCÍA CREMADES quien anota: “La regla o principio del *res ipsa loquitur* constituye una presunción en virtud de la cual se permite deducir, de un hecho probado y evidente, la existencia de culpa. Ante una evidencia circunstancial, que no requiere el dictamen de un experto, se permite inferir, no solo la causalidad, sino también la culpa: se amputa una pierna equivocada, se opera de fimosis en lugar de amigdalitis, se olvidan gasas o pinzas en la zona intervenida, el odontólogo deja caer una pieza dental dentro de la tráquea del paciente, en lugar del apéndice se corta otra parte del intestino, etc. Son supuestos en que “la cosa habla por sí misma”³³ (GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., pp. 63-64).

³⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis, “La prueba difícil: culpa médica”, en *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, t. II, Lima: PUCP, 2004, p. 902.

³⁵ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 260.

fue admitido, pues se consideró que un barril no se cae sin la negligencia del encargado de su custodia. El juez Pollock, ponente del caso, estableció lo siguiente:

[S]omos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante [...] es cierto que cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no pueda surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante. ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es obligación de la persona que guarda barriles en un almacén tomar cuidado para que no rueden hacia afuera, y creo que tal caso, debería, fuera de toda duda, establecer *prima facie* evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado³⁶.

Dos años más tarde (1865), vuelve a enjuiciarse un caso muy similar: el demandante caminaba junto a un almacén y en esta ocasión son sacos de azúcar los que caen sobre su cabeza. Este caso se refiere al asunto *Scott vs London and St. Katherine Docks*, en que el Tribunal estableció lo siguiente:

[C]uando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandado o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos, si quienes están encargados de controlar la situación no actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandado, constituye una prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia³⁷.

Es en el caso *Mahon vs. Osborne* (1939) donde se establece los requisitos básicos para la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, al resolver un asunto donde durante una intervención quirúrgica quedó una esponja en la zona operada que no fue detectada hasta dos meses después, en que la infección provocó la muerte del paciente. Se estableció en primer lugar, que el demandado debe haber tenido el control de la cosa o de las circunstancias que causaron el daño; en segundo lugar, el accidente debe ser de aquellos que, en el curso ordinario de los acontecimientos, no ocurren si no interviene negligencia³⁸.

La aplicación de la regla permite que, aun sin pruebas directas de la negligente actuación del accionado, la demanda sea estimada, evitando lo

³⁶ BAUZÁ MARTORELL, Felio José, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, pp. 88-89.

³⁷ *Ibid.*, p. 89.

³⁸ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pp. 269-270.

que allí se denomina *smoking out*, y que por lo tanto que el demandado no se quede de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra, mediante las que se pueda probar su negligencia, de modo que se atribuya sobre la víctima del daño el peso de una prueba imposible. El demandado tendrá que adoptar una conducta proactiva y tendrá que utilizar todas las pruebas que tenga a su alcance, pues él, efectivamente sí dispone de ellas, para probar que su conducta no fue negligente. Ciertamente, el hecho productor del daño se tiene que haber producido dentro de la esfera de control del demandado, razón por la cual es él quien tiene mayor facilidad probatoria para demostrar que el accidente no se produjo por razones que le sean imputables³⁹.

En el tema que nos ocupa, se indica que “[...] hay cosas que puede hacer un médico para las cuales la calificación de imprudencia es tan sencilla que no requiere el dictamen de un experto: un dentista a quien se le cae un diente de su paciente dentro de la tráquea de éste; un cirujano a quien le sucede lo propio durante una sencilla operación de amígdalas; daños producidos por instrumentos no esterilizados previamente; extracción equivocada de un miembro; serias quemaduras por agua caliente, productos químicos o rayos X; cirujano que olvida unas esponjas dentro del cuerpo del paciente [...] Son todos eventos que hablan por sí mismos sin la ayuda de un perito en la materia. La situación es tal cual que hasta el hombre más llano se da cuenta que hubo negligencia, porque la común experiencia revela que en el curso ordinario de las cosas tales accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado”⁴⁰.

Alfredo BULLARD GONZÁLES⁴¹ narra el caso *Ybarra vs. Spangard* (1944), donde se utilizó la regla comentada en materia de responsabilidad civil médica. Indica que al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado, por tal razón fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación, sin embargo, al despertar luego de la operación el señor Ybarra sintió un intenso dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el señor Ybarra había sufrido

³⁹ GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 68.

⁴⁰ ZEPOS y CHRISTODOULOU, citados por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 402.

⁴¹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, en *Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2010, pp. 61-62.

una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Agrega el citado autor que, al estilo más propio de “Fuenteovejuna”, ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó, dio explicación alguna sobre lo que había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todo el equipo médico, que se defendió señalando que el señor Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema, ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron, entonces, el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad “en masa”. Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados, dado que, aun cuando no pudo explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión solo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos.

En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño, pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar, no obstante, la corte declaró fundada la demanda considerando que era evidente que había existido negligencia a pesar que no era posible especificar los hechos concretos que habían sucedido, ni cómo se había cometido aquella. Añadió que la única forma de incentivar a los demandados para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacerlos a todos conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes⁴².

Se hace evidente, de esta manera, la superación de los inconvenientes tradicionales de cualquier sistema en el que la carga de la prueba corre, en la inmensa mayoría de los casos, a cuenta del demandante. Normalmente al demandado le basta con negar los hechos y adoptar una actitud pasiva en materia de prueba, para finalmente alegar insuficiencia de la misma. La regla *res ipsa loquitur* lo que hace es invertir esta situación, evitando el efecto *smoking out* de las pruebas que están bajo el control de la parte interesada en

⁴² BULLARD GONZÁLES, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, art. cit., pp. 61-62.

que no se obtengan, es decir, impide que tales pruebas se esfumen o de se desvanezcan⁴³.

La regla bajo comentario no es una patente de corso que permita que prosperen demandas infundadas, pues el demandado siempre podrá probar durante el proceso que él no fue negligente o que no se cumplen los requisitos para la aplicabilidad de la regla. En este aspecto, Felio BAUZÁ MARTORELL⁴⁴ establece que la aplicación del *res ipsa loquitur* no puede convertirse en una solución ilimitada, porque al conllevar una presunción de culpabilidad tiene que ser forzosamente objeto de una interpretación restrictiva, estando los juzgados en la posibilidad de utilizarlo cuando concurren los filtros que seguidamente se detallan:

- a. Ausencia de prueba directa, es decir, no puede existir certeza de los hechos que ocasionaron el daño. En caso contrario, si efectivamente los hechos son claros y no existe duda sobre los mismos, no procederá su aplicación y habrá que acudir a las reglas generales de determinación de la culpabilidad.
- b. Razonamiento judicial, pues a diferencia de la responsabilidad objetiva, en el uso del *res ipsa loquitur* no opera automáticamente la culpa de accionado, sino que el juez debe inferir la misma a partir de la aportación de pruebas que le exija al proceso por su disponibilidad y facilidad probatorias.
- c. Que el daño no haya podido ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.
- d. Que el daño se encuentre en la esfera de control del demandado.
- e. Que se haya descartado otras posibles causas distintas de la negligencia del supuesto autor del daño.

Igualmente, ELIZARI URTASUN⁴⁵ sostiene que la aplicación de esta regla está sujeta a que concurren los siguientes requisitos:

- a. Un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino con una conducta negligente de alguien. De lo que se trata es de constatar la mayor probabilidad de que el suceso haya ocurrido por culpa.
- b. Que el evento dañoso venga originado por un evento que entre en la esfera de disponibilidad y control del demandado (instrumento, dependientes, ...), aunque no se conozca el modo.
- c. Que el daño no sea imputable a un comportamiento culposo de la víctima o de un tercero. En este caso se rompería el nexo causal.

⁴³ GARCÍA CREMADES, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo*, ob. cit., p. 69 y 70.

⁴⁴ BAUZÁ MARTORELL, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, ob. cit., pp. 91-94.

⁴⁵ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., pp. 81-82.

Considero que un caso donde podría aplicarse la regla bajo análisis, dado que la mala práctica médica resultaba evidente, es el ocurrido en el hospital Alberto Sabogal del Callao en enero del 2010, donde el paciente Jorge Villanueva Morales de 86 años, por error sufrió la amputación de su pierna sana. La negligencia era tan incuestionable que la Defensora del Pueblo, Beatriz Merino, exhortó a las autoridades de Essalud indemnizar de inmediato a Jorge Villanueva Morales, incluso sin llevar el caso a un proceso. Igualmente, el Gerente General de Essalud, Javier Rosas Santillano, pidió disculpas públicas al paciente, y confirmó que los cirujanos responsables fueron separados de la institución antes de la existencia de una sentencia que los encontrara responsables⁴⁶.

1.3 El daño desproporcionado

En España, uno de los instrumentos utilizados para deducir la negligencia del autor del daño es la teoría del daño desproporcionado, que tiene su origen en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de diciembre de 1996. En este caso se conoce que luego de dar a luz, una señora sufrió un cuadro post-parto que derivó en complicaciones determinantes de una tetraplesia espática que impedía la deambulacion. El Tribunal Supremo estimó probada la actitud negligente por la adopción de determinadas medidas (una histerectomía) a destiempo. Concluyendo lo siguiente:

[E]l criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor; desplazándola en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba por su libertad de acceso a los medios de prueba y en que no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y lugar; o el descuido en su conveniente y temporánea utilización⁴⁷.

Julio César GALÁN CORTÉS considera que existen dos etapas en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la doctrina del daño

⁴⁶ S/a, “Defensoría: EsSalud debe indemnizar a anciano que sufrió amputación”, en *RPP*, Lima: 26 de enero del 2010. Recuperado de <<https://bit.ly/2IbtKI5>>.

⁴⁷ ASÚA GONZÁLES, Clara Isabel, “La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado”, en REGLERO CAMPOS, Fernando y Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Ponencias sobre responsabilidad civil y su prueba*, Úbeda (Jaén): Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007, p. 454.

desproporcionado. La primera de ellas, se inició con la sentencia antes mencionada del 2 de diciembre de 1996; durante esta fase no se aprecia un criterio uniforme al momento de abordar la doctrina, ya que constantemente se equipara o confunde el daño desproporcionado con el riesgo típico de la actuación médica sometida a enjuiciamiento. La segunda etapa se inicia a partir de la sentencia del 21 de octubre del 2005, empezando a reconsiderarse los criterios de aplicación de esta teoría, poniendo especial énfasis en la calificación del daño conforme a parámetros científicos, lo que conlleva a una aplicación mucho más ajustada y equilibrada de esta doctrina. En opinión del citado autor, el daño desproporcionado puede definirse de la siguiente manera:

[C]omo la complicación o el perjuicio no previsible, ni acorde con los riesgos propios del tratamiento médico dispensado. El problema que se suscita en torno a este concepto es que su consideración debe formularse siempre desde la óptica profesional médica o científica y no desde lo que al profano o lego en la materia pueda parecerle, pues en este último caso, como es obvio, se calificarían como tal muchos riesgos propios, aunque infrecuentes o indeseables, de la actuación médica llevada a efecto...De esta forma para calificar como desproporcionado a un daño resultante de cualquier procedimiento médico se hace necesario el concurso de los profesionales de la medicina, que serán quienes nos ilustren, con elementos de juicio suficientes y solventes, si en puridad tal daño, desencadenado a resultados de un concreto tratamiento médico, cabe encuadrarlo dentro de tal consideración o si, por el contrario, no constituye más que la materialización de uno de los riesgos previsible, abstracción hecha de su frecuencia de presentación, del tratamiento en cuestión⁴⁸.

El daño desproporcionado opera cuando en la intervención médica se materializa un riesgo extraño o no habitual, entonces se levanta una sospecha sobre la corrección del actuar del galeno, correspondiendo a este justificar qué ha pasado, presumiéndose no solo la culpa sino también el nexo causal. En otros términos, el daño desproporcionado no debe ser concebido como el resultado grave o catastrófico sino como un resultado atípico o extraño para el tipo de intervención. Entendido en el último sentido, no se favorece una condena por la sola entidad del daño, sino que examina el resultado producido y se compara con los conocidos o descritos científicamente. La desviación de este resultado supone una probabilidad o, como mínimo, un indicio de la existencia de culpa y vincula causalmente el daño con la actuación del médico. Si valoramos solo la gravedad del resultado, en muchos casos no existirá ningún indicio de culpabilidad, y el análisis de los

⁴⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y Gema TOMÁS MARTÍNEZ (coord.), *Culpa y responsabilidad*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, pp. 359-360.

hechos sería superficial, mucho más que si optamos por el daño atípico. Así, ELIZARI URTASUN⁴⁹ concluye lo siguiente:

[P]or las razones expuestas, parece más acertado equiparar daño desproporcionado con el daño atípico o ajeno a las complicaciones propias del concreto acto médico. Si se produce un daño de los que no son habituales conforme a la experiencia científica, se justifica el alivio probatorio para el paciente, y de que sea el médico o el centro sanitario quienes demuestren que es lo que ha sucedido para que se haya materializado un riesgo extraño, ajeno a las complicaciones inherentes a la intervención.

Conforme a lo expuesto, si un resultado que conforme al estado de la ciencia, es consecuencia de la materialización de uno de los riesgos típicos de la intervención médica efectuada, aunque fuere infrecuente, no puede calificarse en modo alguno de desproporcionado, por muy indeseado o insatisfactorio que sea, lo que no obsta a que pueda declararse la responsabilidad del facultativo si su aparición es consecuencia de una mala práctica quirúrgica o si ha existido deficiencia en el consentimiento informado⁵⁰. En este entendido, se pronunció el Tribunal Supremo español en la sentencia del 31 de enero de 2003, donde alega:

[E]n cuanto a la doctrina jurisprudencial del “daño desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquellos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. *De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada.* Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil solo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas [...] pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia. [El resaltado es nuestro].

Ante la presencia de un daño desproporcionado, se espera del agente una explicación o una justificación, cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa, en tal forma que la aplicación de esta teoría cede,

⁴⁹ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., p. 43.

⁵⁰ *Loc. cit.*

no habiendo lugar a la misma, cuando hay causa suficiente que justifica la aparición del daño en cuestión, no siendo preciso, por consiguiente, recurrir a este instrumento presuntivo para declarar o excluir la responsabilidad en tal caso⁵¹.

La doctrina no es uniforme en cuanto a si la aplicación de esta teoría produce o no la inversión de la carga de la prueba. En sentido afirmativo se pronuncia Nuria FACHAL NOGUER para quien:

[L]a doctrina del daño desproporcionado provoca una inversión de la carga de la prueba, de modo que el profesional médico únicamente quedará exonerado de responsabilidad si acredita que el daño causado se produjo por alguna causa o circunstancia al margen de su actuación: por tanto, se produce una simplificación de importantes repercusiones prácticas en lo que respecta a la actividad probatoria que debe asumir el demandante, a quien le bastará probar el evento dañoso y la anormalidad del mismo, en atención al tipo de actuación médica al que fue sometido⁵².

Otro sector considera que el daño desproporcionado no produce la inversión de la carga de la prueba, ni conduce *per se* a la objetivación de la responsabilidad civil, sino que por su virtud se deduce la negligencia de unos determinados hechos probados, siendo posible desvirtuar tal presunción de culpa cualificada acreditando que la actuación fue ajustada a la *lex artis* y que el origen de los daños es ajeno al buen proceder del facultativo, para lo cual es suficiente con que este ofrezca una explicación causal compatible con su diligencia⁵³. ELIZARI URTASUN, que se alinea en esta posición, cree lo siguiente:

[E]n realidad, en los casos de daño desproporcionado no estamos ante ausencia de prueba, sino ante hechos ocurridos en la esfera de actuación o control del médico, que por su anormalidad inclinan al juez a considerar que la acción negligente del médico es la causa más probable de la producción de este resultado. Nos encontramos en el ámbito de la valoración de la prueba⁵⁴.

Algunos autores ven en la doctrina del daño desproporcionado un equivalente a la regla *res ipsa loquitur*⁵⁵, sin embargo, consideramos que esta

⁵¹ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., p. 363.

⁵² FACHAL NOGUER, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, art. cit., p. 208.

⁵³ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., p. 361.

⁵⁴ ELIZARI URTASUN, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, ob. cit., p. 28.

⁵⁵ De dicho parecer es GARCÍA GARNICA quien las toma como instrumentos semejantes cuando señala “Conforme a la doctrina del mal resultado o la regla *res ipsa loquitur*, se considera que la simple producción de un mal resultado, que resulta objetivamente desproporcionado con lo que es usual en el tipo de intervención o acto médico de que se trate, revela inductivamente la penuria

se diferencia del daño desproporcionado, en virtud que la primera se trata de un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida. Por eso que NAVARRO MICHEL indica lo siguiente:

[Ú]nicamente se debería admitir *res ipsa loquitur* en los casos en que el juzgador, sin ayuda de expertos, pueda deducir en base en el sentido común que la causa más probable del daño es la negligencia del demandado. En todos aquellos casos en que sea necesario introducir prueba pericial para explicar una causa compleja, *quid* de la responsabilidad médica, no será posible alegar *res ipsa loquitur*; porque entonces no hablan las circunstancias sino los expertos —máximas de experiencia técnica—⁵⁶.

En cambio, para calificar como desproporcionado a un daño resultante de cualquier procedimiento médico se hace necesario el concurso de los profesionales de la medicina, que serán quienes nos ilustren, con elementos de juicio suficientes y solventes, si en puridad tal daño, desencadenado a resultas de un concreto tratamiento médico, cabe encuadrarlo dentro de tal consideración o si, por el contrario, no constituye más que la materialización de uno de los riesgos previsibles, abstracción hecha de su frecuencia de presentación, del tratamiento en cuestión⁵⁷.

Conceptualmente, también se encuentra otra diferencia, en la regla *res ipsa loquitur* no hace falta que el resultado sea atípico o anormal, como sucede en el daño desproporcionado. Basta con que sea un suceso de los que normalmente se produce por culpa, sin ese tinte de anormalidad.

2. ¿Resultan de utilidad en el Perú las herramientas de flexibilización probatoria?

El doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil trae aparejadas consecuencias prácticas en materia probatoria, según optemos por la vía contractual o extracontractual⁵⁸.

o negligencia de los medios empleados, atendiendo el estado de la ciencia y las circunstancias, o bien el descuido en su conveniente y temporánea utilización” (GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 76). Igualmente, DIEZ-PICAZO considera que la doctrina del daño desproporcionado es un expediente próximo a la regla *res ipsa loquitur*, pues no termina de saberse en que consiste la *desproporción* del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento (DIEZ-PICAZO, Luis. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001, p. 109).

⁵⁶ GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, ob. cit., p. 261.

⁵⁷ GALÁN CORTÉS, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, art. cit., pp. 359-360.

⁵⁸ Existen distintas repercusiones según el ámbito de la responsabilidad civil que se elija, así tenemos: a) En el ámbito extracontractual, sea que el agente actúe con dolo o culpa, no se modifica

En el ámbito contractual, que es generalmente donde se enmarca la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente, encontramos el artículo 1329 del Código Civil que establece: “Se presume que la inejecución de la obligación o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor”. En tal sentido, en este sector de la responsabilidad civil, corresponderá al deudor acreditar que obró con la diligencia ordinaria requerida o que la inejecución de la obligación se debió a un supuesto de fractura del nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, al hecho de tercero o causa imputable a la víctima).

Esta presunción de culpa leve que surge contra el obligado se debe a una razón elemental; si alguien debe saber por qué no cumplió o por qué el cumplimiento es parcial, tardío o defectuoso, es el deudor. Nadie más que este conoce el motivo por el cual no se cumplió la obligación, además, la experiencia enseña que por lo común se incumple por culpa del deudor. Como el caso fortuito o la fuerza mayor no son cosa de todos los días es lógico que se impute culpa al deudor, siendo él quien debe desvirtuarla⁵⁹.

el alcance de la responsabilidad, esto es, no conduce a un mayor o menor resarcimiento a la víctima (art. 1969 CC). Distinto sucede cuanto se trata de responsabilidad de naturaleza contractual, ya que en este ámbito se otorga un mayor o menor resarcimiento, atendiendo a si el incumplimiento se realizó con dolo o culpa grave, o si la inejecución obedece a culpa leve del deudor. En otras palabras, cuando el incumplimiento del deudor o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve, se resarcirá por los daños que hubieran podido preverse cuando se asumió la obligación, contrariamente, si la inejecución obedece a dolo o culpa grave, se resarcirá todos los daños ocasionados, previstos e imprevistos (art. 1321 CC); b) La responsabilidad contractual se rige por el principio de la causa inmediata y directa, mientras que la responsabilidad extracontractual se rige por el principio de la causa adecuada; c) Otra diferencia a tener en consideración entre los dos regímenes de responsabilidad es respecto al plazo de prescripción, la acción contractual está sometida a un término de prescripción de 10 años mientras que la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad extracontractual se produce por el transcurso de dos años; d) En la órbita contractual el deudor responde de los actos (u omisiones) dolosos o culposos del tercero del cual se vale, salvo pacto en contrario (art. 1325 CC). En la extracontractual, se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 CC).

⁵⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, “Artículo 1329. Presunción de culpa leve”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, t. 1, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 324-325. A su vez, para BULLARD GONZÁLES, la presunción de culpa leve que establece el artículo 1329 del Código Civil, tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad. Aquel que desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud para demostrar cómo se llevó a cabo esta y a qué estándares se ajustó. En consecuencia, le será más fácil al deudor acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Entonces, para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la ley impone a quien no ejecuta una obligación la carga de demostrar la ausencia de culpa.

Empero, cuando de asuntos médico-sanitarios se trata, sería aplicable el artículo 1762 del Código Civil en cuanto establece que, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios (médico o centro de salud) no responde sino en caso de dolo o culpa inexcusable. Este dispositivo, conforme a una interpretación literal tornaría en inaplicable la presunción de culpa leve a que se refiere el artículo 1329 del Código Civil.

En dicho contexto, el profesional médico solo respondería por dolo o culpa inexcusable, recayendo sobre el perjudicado la carga probatoria por la inejecución de la obligación, no olvidemos que el artículo 1330 del Código Civil sostiene: “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”. Es decir, en la práctica será el paciente agraviado quien deberá demostrar en el correspondiente proceso judicial, que el daño sufrido ha sido consecuencia de un actuar doloso o culposo (inexcusable) del profesional de la salud.

En todo caso, podría refutarse lo anteriormente expuesto indicando que una lectura correcta del artículo 1762 del Código Civil, exige realizar una interpretación restrictiva, en el sentido que el prestador de servicios (médico o centro de salud) será exonerado de responsabilidad por culpa leve únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos, situaciones excepcionales como tratamientos médicos experimentales o en estado de necesidad extremo. Empero, cuando se trate de problemas técnicos rutinarios, donde la experiencia médica estadísticamente concluye que son asuntos técnicos ordinarios y no de especial dificultad para un médico especialista, el prestador de servicios es plenamente responsable aun por culpa leve.

Sin embargo, aun cuando se presuma la culpa leve del deudor, el paciente perjudicado encontraría otro obstáculo, ya que el artículo 1321 del Código Civil dispone que, si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedece a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Entonces, para obtener un resarcimiento integral, a la víctima (paciente) le será indispensable acreditar que el médico actuó con dolo o culpa inexcusable.

De otro lado, en el ámbito extracontractual⁶⁰, no obstante la presunción general de culpa del agente dañoso⁶¹, existen muchos supuestos donde el paciente encontraría dificultad para demostrar la responsabilidad del médico.

En esta sede, el artículo 1969 del Código Civil dispone que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, agregando que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Así, al accionante le basta con probar la lesión experimentada para trasladar de forma automática al facultativo la prueba de que no actuó culposa o negligentemente en tal caso. Empero, quepa advertir que dicho dispositivo solo habilita la presunción de culpa, mas no otros elementos constitutivos de la responsabilidad civil, lo cual sí sucedería utilizando las herramientas antes estudiadas que no solamente aligeran la prueba de la culpa sino también de la causalidad, en cuanto permiten demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente siempre que se acredite que este ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

La flexibilización de la prueba del nexo causal se torna importante en nuestros días, básicamente frente a la aparición de nuevos tipos de daños (daños por productos defectuosos, daños ambientales, contagio de SIDA, entre otros) donde la prueba de la relación causal se torna casi imposible conllevando a que se frustre la indemnización pretendida. Es más, en muchos de estos casos de nuevos daños, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas⁶².

Así, por ejemplo, en casos transfusión de sangre contaminada con SIDA, demostrar la relación de causalidad se torna muy difícil por la misma naturaleza de la enfermedad. El periodo latente entre la contaminación y el desarrollo de anticuerpos, por una parte, así como el periodo de incubación entre la contaminación y la aparición de síntomas de la enfermedad que aproximadamente dura entre cinco a seis años, hacen muy impreciso individualizar cuál fue la causa del contagio, máxime si existen diversas modalidades de transmisión: relación sexual, transfusión sanguínea, trasplante

⁶⁰ Cabe recordar que solo en situaciones específicas y excepcionales la responsabilidad del galeno o centro médico se encaminará por vía extracontractual.

⁶¹ En el ámbito extracontractual —a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad obligacional—, no existen matices o grados de culpa.

⁶² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en *Ius Et Veritas*, n.º 14, Lima: 1997, pp. 83-84.

de órganos, utilización de jeringas infectadas, acupuntura, tatuajes, inyección intravenosa de drogas, etcétera.

Es frecuente que en procesos de responsabilidad civil médica al perjudicado le resulte particularmente difícil averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias: la Medicina es uno de los sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en muchos casos cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, aunado al difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etcétera.

A modo de ejemplo, imaginemos que un paciente sufre daños en el momento que se encuentra anestesiado al interior de un quirófano. En este contexto exigirle la prueba de la causa y circunstancias en que habría ocurrido el suceso dañoso resultaría equivalente a negarle toda oportunidad de éxito, pues resulta evidente que son los médicos que intervinieron en el acto quirúrgico quienes están en mejores condiciones para ofrecer y producir la prueba respectiva; máxime si ahora el acto médico por lo general se desarrollada en grandes organizaciones sanitarias, lo que complica la tarea de proceder a individualizar a la persona directamente responsable del daño causado, más cuando no existen otros testigos que los propios integrantes del equipo médico demandado.

Conforme a lo expuesto, no se puede negar la utilidad que en nuestro país tendría la aplicación de las herramientas procesales de aligeración de la prueba antes comentadas —tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual—, en los puntuales casos donde la dificultad probatoria impida al paciente encontrar tutela jurisdiccional efectiva.

A modo de conclusión

1. Mantener reglas pétreas o estáticas en la carga probatoria conlleva que los litigantes puedan predecir las consecuencias de sus conductas, favoreciendo así a un proceso más justo, sin embargo, en ocasiones la acreditación de los hechos que invoca el actor puede resultar particularmente dificultosa o difícil de obtener (prueba diabólica), poniendo el peligro la posibilidad de encontrar tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión.
2. Las razones de la dificultad probatoria del paciente son de naturaleza diversa. En principio, se debe a la falta de disponibilidad respecto de las fuentes de prueba, ya que estas se encuentran dentro del ámbito de disposición de los galenos o centro de salud accionados. Adicionalmente, es el profesional de la salud quien, por sus

- conocimientos técnicos en la materia litigiosa, puede acreditar con mayor facilidad que su proceder ha sido correcto, en tanto que la parte agraviada encontrará bastante dificultad para probar el actuar indebido del galeno.
3. Con la carga dinámica de la prueba se abandona la rigidez propia del sistema fijo, para hacer recaer la carga de la prueba en la parte que, según las circunstancias del caso concreto, se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba. Dependiendo de las circunstancias del caso específico, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que tenga mayor facilidad y disponibilidad para hacerlo.
 4. La regla *res ipsa loquitur*, propia del derecho anglosajón, conduce a superar las dificultades que tradicionalmente acompañan las cuestiones relativas a la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil. Se trata de situaciones en las que todo resulta tan claro que el daño no puede ser explicado si no se atribuye un grado de culpa a su autor. La culpa surge cantada de los hechos probados.
 5. La teoría del daño desproporcionado, utilizada por el Tribunal Supremo español, opera cuando en la intervención médica se materializa un riesgo extraño, atípico o no habitual, entonces se levanta una sospecha sobre la corrección del actuar del galeno, correspondiendo a éste justificar qué ha pasado, presumiéndose no solo la culpa sino también el nexo causal.
 6. Son innegables los beneficios que conlleva la aplicación de las herramientas procesales de aligeración de la prueba en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria, en los puntuales casos donde la dificultad probatoria impida al paciente encontrar tutela jurisdiccional efectiva.

Referencias bibliográficas

- ALFREDO SAGARNA, Fernando, “Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia argentina”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006.
- ASÚA GONZÁLES, Clara Isabel, “La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado”, en REGLERO CAMPOS, Fernando y Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Ponencias sobre responsabilidad civil y su prueba*, Úbeda (Jaén): Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007.

- AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis, “La prueba difícil: culpa médica”, en *Libro homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, t. II, Lima: PUCP, 2004.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Thomson Reuters, 2017.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo, “Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil”, en *Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2010.
- CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica, 1961.
- DAMIÁN MORENO, Juan, “La carga de la prueba en el proceso civil español”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017.
- DE LOS SANTOS, Mabel, “Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas en la obra de Eduardo J. Couture”, en LANDONI SOSA, Ángel y Santiago PEREIRA CAMPOS (coord.), *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, t. I, Montevideo: La Ley, 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá: Temis, 2002.
- DIEZ-PICAZO, Luis. “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid: Dykinson, 2001.
- ELIZARI URTASUN, Leyre, *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- FACHAL NOGUER, Nuria, “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”, en ABEL LLUCH, Xavier y Joan PICÓ I JUNOY (coord.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Madrid: Bosch, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La responsabilidad civil médica y el consentimiento informado*, Lima: Motivensa, 2011.

- GALÁN CORTÉS, Julio César, “Daño desproporcionado y responsabilidad civil”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo y Gema TOMÁS MARTÍNEZ (coord.), *Culpa y responsabilidad*, Madrid: Thomson Reuters, 2017.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2014.
- GARCÍA CREMADES, Gabriel, *La problemática de la prueba de la responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur”*, Madrid: Thomson Reuters, 2016.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Madrid: Thomson Reuters, 2010.
- GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid: Civitas, 1968.
- GUERRA CERRÓN, María Elena, “La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica”, en *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Responsabilidad civil médica. La relación médico-paciente*, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2011.
- KNIJNIK, Danilo, “Las (peligrosísimas) doctrinas de la carga dinámica de la prueba y de la situación de sentido común como instrumentos para asegurar el acceso a la justicia y superar la *probatio* diabólica”, en CAVANI BRAIN, Renzo y Víctor DE PAULA RAMOS (coord.), *Prueba y proceso judicial*, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prueba de la culpa médica en el derecho español”, en DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COÁGUILA (coord.), *Responsabilidad civil. Derecho de daños*, t. v, Lima: Grijley, 2006.
- LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.^a ed., Madrid: Thomson Reuters, 2005.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, 4.^a ed., Madrid: La Ley, 2017.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho, Madrid: Universidad Carlos III, 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/2uOh8i1>>.

- PÉREZ RESTREPO, Juliana, “Carga dinámica de la prueba en la responsabilidad civil administrativa por la actividad médica — decaimiento de su aplicabilidad—”, en *Estudios de Derecho*, vol. 68, n.º 152, 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/2Uki6Ss>>.
- PEYRANO, Jorge W, *Problemas y soluciones procesales*, Rosario: Juris, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan, “La carga de la prueba”, en PICÓ I JUNOY, Joan, Xavier ABEL LLUCH y Berta PELLICER ORTIZ (coord.), *La prueba civil a debate judicial. Estudios prácticos sobre la prueba civil I*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- S/a, “Este es el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en *La Ley. El ángulo legal de la noticia*, Lima: julio del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2Voeonb>>.
- SILLERO CROVETTO, Blanca, “La responsabilidad civil médico sanitaria”, en CAMAS JIMENA, Manuel (coord.), *Responsabilidad médica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, “Artículo 1329. Presunción de culpa leve”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (coord.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*, t. I, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio de la carga probatoria”, en *Ius Et Veritas*, n.º 14, Lima: 1997.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.