

# Res ipsa loquitur: La flexibilización de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil médica, cuando la cosa habla por sí misma

Susana Isabel Estrada<sup>1</sup>

---

1. Universidad Católica de Santiago del Estero, Universidad Nacional de Tucumán



## Introducción

El lenguaje, ya desde la antigüedad, ostentaba su innegable poder persuasivo, sin cuya ayuda era imposible convencer al destinatario del mensaje, por lo que era, ante todo, instrumento de conocimiento y de comunicación frecuentemente utilizado no sólo por el orador, sino también por el político y por el militar.

Roma, que nació como una pequeña aldea agrícola-ganadera y que por conquistas progresivas se hizo dueña de todo el mundo conocido, transmitió el idioma a los pueblos sometidos que poco a poco fueron olvidando sus lenguas nativas. De tal modo, el dialecto local de un pequeño distrito del Lacio es hablado como lengua materna por la mitad de las naciones del mundo civilizado.

El latín, que fue la lengua de la antigua Roma hasta los tiempos del imperio, constituyó el medio de transmisión de la cultura clásica al mundo moderno. Fue vehículo de comunicación en la diplomacia, en el derecho, en el comercio, en la ciencia hasta el siglo XVIII, y fue la lengua utilizada en la liturgia católica en todo el orbe hasta mediados del siglo XX.

Todas las lenguas derivadas directamente del latín se conocen como lenguas romances, románicas o neolatinas. El español es una de ellas, ya que, en cierto sentido, nuestro idioma es una forma evolucionada del latín vulgar. La magnitud de la herencia lingüística transmitida por Roma se acrecienta para quienes, estudiando el derecho, descubrimos la presencia viva y vigente de un universo de palabras y de frases que son el detonante que abre el sentido íntimo de cada institución jurídica. Por lo tanto, somos herederos forzosos no sólo de la lengua en general, sino de un nutrido vocabulario de términos en lengua latina, que se van incorporando al léxico del estudioso del derecho y que perviven hasta nuestros días. Es por eso por lo que en las aulas de derecho lo primero que enseñamos es la etimología y la significación de los vocablos que nominan a las instituciones jurídicas creadas y reguladas por el Derecho Romano.

En el derecho se conjugan teoría y práctica judicial; la una se aprende en los códigos, en los tratados, antes de ejercerla en los estrados judiciales.

“El derecho se compone de una doble dimensión: el marco de lo dado (los datos reales, históricos, racionales e ideales) y el marco de lo construido (las formas: conceptos, construcciones, terminología, fraseología, presunciones y ficciones jurídicas). Por lo tanto, es importante el uso complementario de ambos saberes: el desarrollo de la ciencia del derecho para la comprensión de lo dado y de la técnica<sup>2</sup>, para la comprensión de lo construido”.<sup>3</sup>

En este trabajo, el propósito será mostrar desde la dimensión de lo construido, la pervivencia y la resignificación del aforismo *res ipsa loquitur* mediante una visión sobre la situación actual tanto a nivel de la legislación, como de la doctrina y de la jurisprudencia. Como el proceso de evolución de los diferentes criterios acerca de la distribución de la carga probatoria no ha estado ajeno al contexto sociocultural de los profesionales

2. «Los operadores del derecho siguen empeñados en llamar ciencia a sus labores, que son de técnica jurídica, tema que no es nuevo, hace mas de cien años lo advirtió Francois Geny» (Conf. Geny, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 2.a edic., 1925, pag. 228)

3. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewArticle/1429/1674>

de la salud y los conflictos médicos, en esta comunicación nos centraremos en el análisis de la aplicabilidad del dicho aforismo a los juicios de responsabilidad civil orientados al profesional médico.

## Origen del aforismo

Marco Tulio Cicerón, uno de los más prolíficos escritores de la prosa latina, posibilitó que esta lengua lograra su extraordinaria riqueza idiomática y que tanto el idioma como las costumbres se expandieran por todo Occidente.

Cuando Cicerón triunfó en su candidatura al consulado frente a Lucio Sergio Catilina, éste ante su derrota, organizó una conspiración para derribar el gobierno que terminó con la ejecución de varios de sus partidarios y su expulsión del Senado, gracias a las brillantes “Catilinas” pronunciadas por Cicerón ante el cuerpo.

Esa actuación le valió el exilio más tarde, cuando Clodio consiguió el reconocimiento de una ley que sancionaba con pena de muerte a todo ciudadano romano que hubiera hecho ejecutar a otro sin el consentimiento previo del pueblo, convirtiéndose así en su enemigo doméstico.

A su regreso del destierro (57 a.C.), Cicerón asumió la defensa de Milón acusado de asesinar a Clodio. A su defendido lo unía una sólida e indisoluble amistad que le valió su empeño en destacar los méritos de su defendido poniendo a prueba su estrategia discursiva.

El *Pro Tito Annio Milón ad iudicem oratio* es el discurso pronunciado por Marco Tulio Cicerón en el 52 a. C., en defensa de su amigo Titus Annius Milo, acusado de asesinar a su adversario político Publius Clodius Pulcher en la Via Appia.<sup>4</sup> A dicha alocución se remonta el uso de la expresión *res ipsa loquitur*.

Cicerón emplea la expresión como argumento de prueba intentando demostrar que Milón mató a Clodio en legítima defensa porque los hechos acaecidos revelaban una causal de justificación. Vertebró su peroración, en circunstancias tales como el lugar del encuentro, la hora, el hecho de que Milón vestía una pesada capa de montar que entorpecía la lucha, que viajaba en carruaje acompañado de su esposa Fausta y una escolta de esclavos y gladiadores inofensivos y juerguistas para el festival en Lanuvium; referencias estas que revelaban su falta de intención de cometer un homicidio. Clodio, en cambio iba solo, a caballo y se había desviado de su camino para pasar por ese lugar, a sabiendas

---

4. A fin de poner en contexto la trayectoria de los contendientes, en el discurso ante el Senado cuando regresó del destierro, Cicerón retrata a Clodio –a quien había dado muerte su defendido Tito Annio– como un «[...] patricio arruinado, elocuente y demagógico, jefe de temibles bandas secretas, profesional de la turbulencia [...]», que fue elegido tribuno y significó un sostén importante para que César pudiera llevar adelante su cometido. En cambio, Tito Annio, «[...] preclaro varón [...]» como lo define Cicerón, integraba el conjunto de los que contribuyeron a que se le levantara a él el destierro. Era partidario de «[...] acudir a las leyes y a los tribunales, pero que si la violencia impedía y anulaba la práctica de la justicia, sólo restaba reprimir [...] las armas con las armas y la fuerza con la fuerza. Es así que [...] denunció primero a Clodio por delito de violencia y cuando vio que la fuerza imperaba sobre la justicia decidió defender la cosa pública [...] con numerosas tropas y quitó temor a los buenos y al Senado y el yugo de la servidumbre a la ciudad». (Conf. REYES, A., ROMERO, F., DE ONIS, F., BAEZ, R., ARCINIEGAS, G., *Grandes discursos*, tomo XIX, Buenos Aires Jackson Editores, 1950 pp. 148-164).

que Milón debía transitar por allí porque se dirigía a un festejo al que estaba obligado a asistir para presidir el nombramiento de un flamen en calidad de dictador del municipio de Lanuvium.

No obstante, su vasta argumentación, Milón fue condenado al destierro, para lo que fueron decisivas las presiones ejercidas sobre los jueces por Pompeyo; por lo que hay que compartir el juicio de Velleo Patérculo, quien afirma que «Milón fue condenado no tanto a consecuencia de la indignación suscitada por su acto, cuanto por la voluntad de Pompeyo» (2, 47, 5).

El arpinate utiliza la expresión tres veces en el texto, pero no las tres en los mismos términos. La primera vez sí pronuncia *res loquitur ipsa* (la cosa o el hecho habla por sí mismo) pero luego habla de *res ipsa tot tam claris argumentis signisque luceat* (XXII, 61), (para que ella misma brille con tantos y tan gratos argumentos y signos) y la tercera, *res ipsa loqueretur* (XXV, 66), (para que la cosa hable por sí misma).<sup>5</sup> Ello demuestra que las expresiones en latín no seguían fórmulas estrictas.<sup>6</sup> La ostentación de las figuras retóricas más refinadas no estaba nunca separada del uso de un léxico que se adecuaba constantemente a los momentos salientes del debate.

La utilización del axioma y la aplicación en ensayos jurídicos romanos ha llevado a sostener que el desarrollo posterior de la doctrina<sup>7</sup> *in re ipsa* en el derecho moderno, ha sido inspiración directa de la aplicación de la máxima por Cicerón.

## La prueba en las fuentes romanas<sup>8</sup>

En la evolución del procedimiento civil romano se evidenciaban dos tipos de procedimientos muy diferenciados entre sí, el *ordo iudiciorum privatorum* y el de la *cognitio extra ordinem* y aún dentro del primero había algunas diferencias en materia de apreciación de prueba entre el sistema de la *legis actionis* y el procedimiento *per formulam*.

Dado que el tema de este trabajo se vincula con el *onus probandi*, nos circunscribiremos sólo al análisis de la prueba, sin abordar la evolución de las otras actividades procesales tan vastas y ricas desde el derecho arcaico.

En la fase *in indicio* o *apud iudicem*, que se desenvolvía ante el iudex, tenían lugar la exposición y defensa orales de cada parte (*altercatio*, *orationes*, *perorationes*), la producción de la prueba (*probationes*) y la sentencia (*condemnatio*). En cuanto a los dos sistemas procesales correspondientes al *ordo iudiciorum privatorum* en términos gene-

5. Las traducciones me pertenecen.

6. AYALA, J. A. Introducción, versión y notas a Cicerón, M.T., En Defensa de Milón, en *Antología de textos latinos I*, México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 2004, p. 355.

7. «Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una “doctrina”. Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como “si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable”. (Conf. BULLARD GONZÁLEZ, A., «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil» en *Revista de Derecho* (N° 50), Themis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2005, 217-236, p. 220).

8. ESTRADA, S., «El *onus probandi* y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas» en *Actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Universidad de Flores, Argentina, 2015, pp. 251-281.

rales no había variaciones considerables en materia de prueba, aunque se evidenciaban algunas diferencias en cuanto a la prevalencia de unos medios probatorios sobre otros.

En el sistema de la *legis actionis*, el medio prevaleciente era la prueba de testigos dado el predominio de la oralidad y la solemnidad en la celebración de los actos jurídicos fundamentales. Lo que le daba relevancia al testimonio era la apreciación del juez sobre la importancia atribuible a la deposición del testigo; por ello el juez tenía cierto protagonismo en la recepción y en la valoración de esta prueba. Otro medio era el juramento de las partes que no tenía el carácter de necesario.

En el procedimiento formulario comenzó a perder protagonismo la prueba de testigos y a adquirir más importancia las pruebas escritas, los documentos (*scripta, tabulae, instrumenta, syngrapha, chirographa*) conforme surge de un pasaje de Marcelo en el Digesto.

«Marcellus libro III Digestorum.-*Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit.*» (Dig. 22, 3,10)<sup>9</sup>

«Marcelo; Digesto libro III.- El Senado estableció, que el censo y los documentos públicos tienen más fuerza que los testigos.»

Las pruebas escritas adquirieron mayor prerrogativa; pero en general se admitían todos los medios de prueba que pudieran iluminar al juez en el pronunciamiento de su sentencia. También se tornó generalizada la inspección judicial y los dictámenes de peritos. Y junto a estos medios de prueba directos existieron las presunciones.

En esta época de la evolución del sistema procesal adquirieron utilidad las interrogaciones *in iure* ya que debido a la rigidez de la fórmula el juez sólo tenía dos alternativas: condenar o absolver. Por lo tanto, aquellas servían al juez para clarificar puntos dudosos mediante un interrogatorio formulado por él a las partes a modo de confesión.

Ahora bien, cualquiera fuere el medio probatorio elegido, el juez debía determinar a quién le incumbía la carga de la prueba.

Podía ser que ya en tiempos romanos se hablara de la primera “inversión de la carga de la prueba” de carácter legal ya fuera como regla general o como una excepción al principio, según consta en D. 2, 13, 3

«Mauricianus, libro II de Poenis.-*Senatus censuit, ne quisquam, eorum a quibus quis fiscus petetur, alia instrumenta delatori cogatur, edere quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset.*» (Dig. 2, 13, 3)<sup>10</sup>

«Mauriciano; De las Penas, Libro II.- Determinó el Senado, que ninguno de aquellos de quienes se pidiese algo para el fisco, esté obligado a exhibir al delator otros instrumentos que los que pertenecieran a la causa por la que hubiese manifestado que denunciaba.»

En este caso en que el fisco intervenía en el proceso como actor y dado que perseguía un interés público, se hacía recaer la carga probatoria en el demandado en razón de sus mejores condiciones para probar en el proceso. En la doctrina se discutía si ésta era una aplicación de la regla general o una excepción al principio.

Con el avance en la evolución de la regulación de la prueba, la asignación de

9. GARCÍA del CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Barcelona, E. Molina, 1892, t. II, p. 97).

10. GARCÍA DEL CORRAL, I, op. cit., t. I, p. 271

la carga probatoria no fue tan automática. Se fue afianzando cada vez más la idea de que cada parte debía probar los dichos que afirmaba. Pero, en muchos casos subsistía la convicción de que era el demandado quien mejor sabía cómo sucedieron los hechos.

La regla sentada por Paulo en el Digesto se elevó a la categoría de principio general en el dominado con la *cognitio extraordinem*.

«Paulus ad Edictum. -*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*» (Dig. 22, 3,2) <sup>11</sup>

«Paulo; comentarios al Edicto. -*Incumbe la prueba al que afirma, no al que niega.*»

«Idem libro IX. Responsarum. -*Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum a aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel Constitutione, id probari oportere.*» (Dig. 22, 3, 5. pr)

«El mismo. Respuestas, libro IX. -Por la parte que dice que su adversario está privado de algún derecho especialmente por una ley o una Constitución, debe probarse esto.»

El *onus probandi* consistía en que la prueba de los hechos incumbe a quien funda en ellos su pretensión; de allí que el mismo que se enunciaba con el latinismo *actori incumbit onus probandi*, se completa con la expresión *actori probat actionem, reus exceptionem*.

Interpretando este axioma dice Humberto Cuenca citando a Arangio Ruiz<sup>12</sup> que la fórmula de la acción estaba concebida así:

«*Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, quo de agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret, neque is arbitrio tuo a Numerio Negidio Aulo Agerio restitueretur, quanti ea res erit, tantae pecniae, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato: si non paret, absolvo.*»

«*Si Aulo Agerio compro y le fue entregado un esclavo que si le hubiera poseído un año, este esclavo del que se litiga sería suyo por derecho de los quirites y no se le restituyese a Aulo Agerio según el arbitraje condena, oh juez, a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto la cosa valga; si no consta, absuévelo.*»

Por lo tanto, la prueba de los hechos podía concernir también a quien quería fundar en ellos su contrapretensión; así, el actor debía probar su pretensión y el demandado, su defensa o excepción. Es decir que, como regla general, la carga de la prueba recaía sobre el que afirmaba, *affirmanti incumbit probatio* -sea actor o demandado, - no sobre el que negaba. En virtud de los principios ontológicos y lógicos del *onus probandi*, el que negaba lisa y llanamente nada tenía que probar. Atribuirle la carga de la prueba de una negación hubiera supuesto situarle ante una *probatio diabólica*, imposible de cumplir.

El principio, de que sólo una parte, el actor, desarrollaba la actividad probatoria, mientras la contraparte se quedaba a la espera de la sentencia, resultará finalmente superado.

Las reglas *actori probat actionem y reus exceptionem* no resultan equivalentes, ya que no siempre el actor debía probar la acción y el demandado, la excepción, pues en algunas circunstancias el actor podía negar un hecho controvertido y el demandado a su vez podía afirmar otros, y es a éste -aunque sea demandado- a quien le incumbía la carga de la prueba. Entendemos que en tal sentido lo expresan las fuentes en una miríada de pasajes, algunos de los cuales citaremos infra.

Ulpiano en el Digesto señala que el demandado se convertía en actor cuando planteaba y debía probar una excepción, en aquellos casos en que era dable introducir una

11. Ibidem, t. II, p. 96.

12. CUENCA, H., *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1957, p. 69.

exceptio en la fórmula.

«Idem libro VII. Disputationum.-*In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem impolere; ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere, debet, pactum conventum factum esset.*» (Dig. 22, 3, 19)<sup>13</sup>

«El Mismo, Disputas libro VII.- Se ha de decir, que en las excepciones debe el demandado hacer las veces de actor, y probar el mismo la excepción, como una demanda; por ejemplo, si utilizara la excepción de pacto convenido, debe probar que se hizo el pacto convenido.»

En la especie el mismo Ulpiano se pronuncia en igual sentido en otro pasaje«Ulpianus libro IV. Ad Edictum. -*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.*»( Dig. 44, 1, 1)<sup>14</sup>

«Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro IV.- Se considera que ejercita acción también el que usa de excepción, porque el reo es actor en la excepción.»

Los pasajes de las fuentes romanas señalados son las reglas de carácter general sobre la cuestión de la carga de la prueba. Pero en el título III del libro XXII del Digesto y en el título XIX del libro IV del Código hay una nutrida casuística orientadora de la actividad del juez respecto a saber: a la venta del esclavo fugitivo, a la voluntad del testador, al heredero, al legatario, a la emancipación, a la prenda e hipoteca, al pago por el deudor, a la designación de procurador, a la posesión, al fiador, a la injuria, a los agrimensores, entre muchas otras. Uno de ellos surge del fragmento de Marciano en Digesto 22. 3. 21 en relación con la acción del legatario sobre la propiedad de la cosa legada

«[...] *semper neessitas probandi incumbit illi qui agit.*»<sup>15</sup>

|«[...] siempre la necesidad de probar incumbe al que ejercita una acción.»

Pero este concepto no es completamente exacto, en opinión de Vittorio Scialoja que dice:<sup>16</sup>

«[...] hay casos en los cuales el actor no prueba; pues, por el hecho mismo de las cosas, se consideraba probada la verdad del hecho en que fundaba su pretensión; [...].» Y esto es precisamente lo que se expresa en *res ipsa loquitur* cuando según las reglas del sentido común y con arreglo al uso ordinario de las cosas y la común experiencia, el resultado dañoso sólo se explica por el comportamiento negligente del agente ocasionante.

He aquí algunos pasajes de las fuentes que de alguna manera lo reflejarían. En un pasaje de las Institutas de Gayo en libro 3º, par. 218 mediante la aclaración formulada por Sabino en la última parte del parágrafo:

S. 218. «*Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus .xxx proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne PLURIMI quidem verbum adicitur. et ideo uel eum, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit, perinde habendum, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adiectum esset: nam legis latorem contentum fuisse, (quod prima parte eo verbo usus esset).* » (Gayo, L. III, 218)<sup>17</sup>

13. GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit., t. II, p. 98.

14. Ibidem, t. II, p. 477.

15. Ibidem, t. II, p. 99.

16. SCIALOJA V., *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, EJA E 1954, p.391

17. GAYO, *La Instituta*, traducida por primera vez al castellano, Madrid, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, 1845, p. 242

S. 218. «Sin embargo, el capítulo de que tratamos, no impone al causante del daño la pena de pagar lo que la cosa valiere durante el año mismo, sino el precio que hubiere tenido en los treinta días anteriores al daño; siendo también de notar que en este capítulo no se añade la palabra PLURIMI (el mayor valor), por cuya razón han creído algunos autores que el cursante del daño puede escoger libremente entre los treinta días aquel en que la cosa haya alcanzado más valor, ó por el contrario aquel en que hubiere tenido menos. Pero Sabino decidió que la estimación debe hacerse como si en esta parte de la ley se encontrase también la palabra Plurimi, por cuanto debió contentarse el legislador con haberla usado en el primer capítulo.»

También está presente en estas líneas del Digesto:

1.- «*Summa cum utilitate id Praetorem edixisse, nemo est qui neget; publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.* » Dig. 9, 3, 1, 1)<sup>18</sup>

2.- «*Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit, an vero privates, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur non publicis viis studetur; semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. [...]*» (Dig. 9, 3, 1, 2)

1.- «Nadie hay que niegue, que con suma utilidad comprendió esto el Pretor en su edicto; porque es de pública utilidad, que sin miedo y sin peligro se ande por los caminos.»

2.- «Y poco debe importar, que el lugar sea público o privado, con tal que por él de ordinario se transite, porque se mira por los transeúntes, y no se procura por los caminos públicos; pues siempre deben tener la misma seguridad aquellos lugares por los que de ordinario suele transitarse. [...]

La mayor libertad del juez en la valoración y la menor libertad en la elección de las pruebas, que prevaleció en el procedimiento formulario (principio dispositivo) y en el procedimiento cognitorio clásico, se fue coartando en el procedimiento de cognición oficial postclásico como le llama Álvarez Suárez. Esta innovación vino tanto de la jurisprudencia, que poco a poco elevó a cánones de derecho ciertas prácticas admitidas por lógica natural en los procesos, como de la labor legislativa de los emperadores, que en la época tardo-clásica, mediante las constituciones imperiales comenzaron a limitar el desarrollo de las pruebas, que al decir de Scialoja,<sup>19</sup> a menudo no eran justificables. Es así que el criterio prevaleciente en la época clásica, según el cual si el actor no lograba probar su pretensión, la sola deficiencia de la prueba daba lugar a la absolución del demandado sin necesidad de que éste tuviera que probar nada, dio paso - según una constitución de Constantino<sup>20</sup> del año 325 que tuvo vigencia durante dos siglos-, a un régimen en el que el mecanismo se invirtió, interviniendo activamente el juez por sí mismo en la investigación de los hechos, (principio inquisitivo) pero sujeto a reglas fijas y predeterminadas, al punto de imponer al demandado la carga de la prueba contraria. Una de las normas que acogieron ese punto de vista era la referida al que había prometido por

18. Ibidem, t. I, pág. 592.

19. SCIALOJA, V., op. cit., pag. 390.

20. «Esta Constitución relativa a la prueba en los juicios de reivindicación modificó sustancialmente la relación tal como se hallaba constituida en el derecho clásico, aunque no tuvo valor en el derecho justiniano, por no haber sido acogida por la compilación de Justiniano, que reproduce la regla del derecho clásico.» (Conf. SCIALOJA, V., op. cit., pp. 392-393).

estipulación dar una cantidad de dinero, que posteriormente no entregó.

«Idem a Demetriae.- *Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptio opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam ; quo non impleto, absolutio sequetur.*» (Cód. 4, 30, 3)<sup>21</sup>

«El mismo Augusto a Demetria. - Si hubieras comenzado a ser demandada en virtud de caución tuya, aunque se haya dado hipoteca, habiéndose opuesto la excepción o de dolo o de dinero no contado, es compelido el demandante a probar, que se te entregó el dinero; y no habiéndose hecho esto, seguirá la absolución.»

Este criterio finalmente no fue acogido por la compilación justiniana receptando el punto de vista de la época clásica.

Aparecieron en esta época una serie de normas que implantaron, en oposición a aquella libertad de apreciación, el principio de la prueba reglada, cuyo criterio inspirador fue la desconfianza hacia la prueba de testigos, y la consecuente predilección por las pruebas escritas. En la apreciación de estas se tenía en cuenta el valor preferente otorgado por la ley a unas pruebas en detrimento de otras a las que les concedía categoría inferior, siendo irrelevante la convicción íntima que al respecto tuviera el juez.

Más adelante, a consecuencia del influjo que ejerció en Roma la práctica contractual literal de las provincias orientales, se afianzaron las pruebas escritas. En tal sentido en el Código, la “Epítome del rescripto griego tomado de las Basílicas” comienza diciendo:

«*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur* (Dig. 4,0, 1).»<sup>22</sup>

«Contra un testimonio escrito no se produce testimonio no escrito.»

Los medios de prueba ya no eran siempre los ofrecidos o proporcionados por las partes, sino que el juez adquirió la facultad de elegirlos *ex officio iudicis*, tales como la pericia, las interrogaciones, que tuvieron una aplicación más amplia que las interrogaciones *in iure*. También el juramento fue utilizado de modo general, cuando una de las partes hacía deferir a la otra sobre alguno de los aspectos de hecho, pendientes de prueba y la contraparte podía jurar o negarse a jurarlo, no mediando coacción alguna. Pero naturalmente cuando una parte juraba, su afirmación debía tener cierto valor en el ánimo del juez debido a la connotación religiosa del juramento, pero no lo ligaba totalmente, sino que quedaba siempre en libertad para la apreciación de este.

La libertad del juez en la elección de las pruebas que caracterizó a esta etapa tuvo una limitación en las *praesumptiones iuris*, que adquirieron relevancia en esta etapa como pruebas indirectas. En las *praesumptiones iure et de iure*, dados ciertos hechos de los cuales se infería la existencia de otros, probados aquéllos, no era necesaria la prueba de estos, porque la ley los daba por supuestos. Estas tuvieron la particularidad de aplicarse a todos y cada uno de los casos concretos, de lo considerado como verdad en la generalidad de los casos.

En suma, esa amplia libertad existente en el procedimiento formulario, con la posibilidad del juez de pronunciar el *non liquet*, se desvaneció en la época postclásica y fue reemplazada por un sistema restrictivo de interpretación de la norma en materia de carga probatoria que incluyó la inexcusabilidad del juez para dictar sentencia culminando con la prohibición del *non liquet*.

21. GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit. t. IV, p. 475

22. Ibidem, t. IV, p. 440.

## La prueba de la responsabilidad civil en el derecho argentino

La regulación en la legislación argentina evolucionó de la responsabilidad civil individual a la responsabilidad social.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield existía unidad en el sistema de responsabilidad civil y fenómeno resarcitorio existiendo tres artículos básicos en el tema de la responsabilidad de las personas (se trate o no de médicos). No contenía ninguna norma referida a la responsabilidad por daños causados con cosas o actividades riesgosas, ni hacía referencia específica a los profesionales liberales porque el escenario social de la época no lo ameritaba. El criterio que inspiró al codificador basó la responsabilidad en la culpa como factor de imputación (art. 512) tanto en la órbita contractual como en la aquiliana. Por lo tanto, en el sistema de responsabilidad subjetiva, sólo se reparaban patrimonialmente los daños causados con culpa. Y además, se siguió la directiva de los arts. 902 y 909 aplicable también a los servicios médicos.

Pero los avances tecnológicos fueron generando un cambio sustancial en numerosas disciplinas científicas y entre ellas en las prácticas médicas. Se han puesto a su alcance numerosas técnicas y enfoques terapéuticos imposibles de imaginar hace no más de dos décadas, lo que trajo como consecuencia el aumento de la generación de riesgos y de la producción de daños en el ámbito de la salud.

Así lo expresaba Jorge Bustamante Alsina en el prólogo a la primera edición de la obra de Alberto Bueres, *Responsabilidad Civil de los médicos*:<sup>23</sup>

«[...] Las nuevas fronteras que se abren a la responsabilidad civil en el presente y en el futuro, alejan cada vez más este sistema de aquella estructura simple y rudimentaria del acto ilícito [...]. La responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa del responsable, está cediendo lugar a una responsabilidad objetiva sin fundamento de una conducta reprochable, atribuyendo responsabilidad por el riesgo del obrar o por el peligro de ciertas cosas que, cada vez más frecuentemente, el hombre emplea en su actividad, llevado por el progreso científico y tecnológico [...]. Es por eso por lo que la responsabilidad civil, desde una óptica moderna, pone el acento no sobre el autor para castigarlo por incurrir en culpa, sino sobre la víctima, para reparar el daño que ha sufrido [...]. Es por ello que la responsabilidad individual tiende a convertirse en una responsabilidad social, instrumentándose los medios para que, con la participación colectiva, se reparen los daños que las condiciones de la vida moderna hacen más frecuentes e inevitables [...]»

Este nuevo escenario tornaba imperiosa la necesidad de impulsar una nueva regulación legal para dar solución efectiva a múltiples situaciones concretas que venían siendo resueltas por la jurisprudencia.

El desarrollo del axioma *res ipsa loquitur*, que se ha aplicado principalmente en el campo extracontractual, se hizo extensivo al ámbito contractual. Luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015, se han regulado conjuntamente los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, lo que no significó uniformidad porque prevalecen algunas diferencias. Dentro de la responsabilidad civil contractual reguló expresamente la responsabilidad objetiva en las obligaciones de re-

23. BUERES, A., *Responsabilidad Civil de los médicos*, prólogo a la 1ª edición de Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1979.

sultado, pero excluyó de ella a las profesiones liberales. Reglamentó la cuestión de la asunción de riesgos, receptando así la opinión de la doctrina y la jurisprudencia. En materia de prueba, si bien conservó la regla general acerca de que los factores de atribución y las eximentes de responsabilidad deben ser probados por quien los alega; introdujo, no con carácter imperativo sino potestativo de la jurisdicción, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una cuestión largamente debatida en la doctrina. Ello por mencionar sólo los aspectos de la responsabilidad que guardan relación con el tema en análisis. En suma, no se observan cambios sustanciales a partir de la letra del nuevo texto vigente.

### El aforismo *res ipsa loquitur* en el contexto de la relación médico-paciente

Toda persona que asume la obligación de prestar un servicio asume responsabilidades inherentes a la obligación contraída, pero en el caso de que el obligado sea un profesional con capacitación superior, dicha responsabilidad adquiere un matiz especial. Esa responsabilidad puede surgir de una relación contractual o extracontractual y el deber de diligencia y la responsabilidad del médico son y deben ser las mismas.

El análisis de los perjuicios que pueden derivar del ejercicio de la profesión médica es sólo un capítulo del tema de la responsabilidad civil, que en la esfera jurídica busca la reparación de los daños causados injustamente.

Estas distintas situaciones pueden consistir en un incumplimiento contractual, una ilicitud civil o penal, casos de actuación con impericia, imprudencia o negligencia, errores de diagnóstico o de tratamiento, intervenciones quirúrgicas indebidas, omisiones o yerros en el período postoperatorio, olvidos de material dentro del cuerpo del paciente, experimentaciones prohibidas, altas apresuradas, falta de estudios previos de diagnóstico, por mencionar las más generales.

Ante todo, es dable precisar que la naturaleza del vínculo que se establece entre el médico y el paciente cuando éste requiere la prestación de servicios profesionales, se enmarca en una obligación de hacer, y siguiendo la clásica división de René Demogue puede considerarse como de medios (donde sólo se valora la conducta) o de resultados (donde se valora el cumplimiento de la finalidad perseguida) y por lo tanto no es necesaria la existencia de nexo causal alguno.

En el derecho civil, en general, para que exista responsabilidad debe haber un factor de atribución subjetivo u objetivo, que en el caso del profesional médico dependerá en el primero supuesto, si ha comprometido una obligación de medios y en el segundo, si la obligación asumida es de resultados. Compartimos la idea de Llamas Pombo, que advierte:

«[...] no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los medios de que disponen unos y otros no son los mismos. Por esta razón, la doctrina nota que la distinción “obligaciones de medios-obligaciones de resultados”, admiten ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecruzan obligaciones de uno y otro tipo.»<sup>24</sup>

---

24. LLAMAS POMBO, E., Doctrina general de la llamada culpa médica en *Estudios acerca de la responsabilidad civil y su*

Generalmente, se incluye entre las obligaciones de medios a la del médico porque no puede asegurar un resultado sino sólo el cumplimiento de una conducta diligente, cuidadosa, prudente y técnicamente irreprochable dirigida a la curación o mejoramiento del enfermo, salvo los singulares supuestos en que se persiga un determinado resultado como vgr. en los análisis anatomopatológicos, en la cirugía reparadora no terapéutica, en el diagnóstico por imágenes, en las pruebas genéticas.<sup>25</sup>

“El distingo tiene trascendencia en dos ámbitos: la diversidad del factor de atribución, subjetivo en el primer caso, y objetivo en el segundo, y en la distribución de la carga de la prueba y sus presunciones. En las obligaciones de medios, la conducta diligente, encaminada a la obtención del resultado anhelado por el paciente es esencial para dar por cumplida la prestación, aunque se haya fracasado en el logro del interés final”<sup>26</sup>.

Así, puede distinguirse en este deber calificado un doble juego de intereses: uno inmediato, que se colma en tanto el médico, deudor de la prestación, se aboque activamente al cumplimiento de la conducta tendiente a obtener aquella finalidad. Otro mediato, constituido por la consecución efectiva del resultado, aleatorio en la medida en que su alcance no dependa sólo de los esfuerzos del médico sino también de la influencia de factores ajenos a él.

A propósito de la distinción entre obligación de medios y de resultados, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K en los autos: «R., M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario», pone luz sobre la cuestión en un fallo que condenó a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos por las quemaduras recibidas al someterse a un tratamiento de depilación definitiva con láser en el que sostuvo:<sup>27</sup>

«[...] Aun cuando se acepte la utilidad de la distinción, no puede dejar de señalarse que la aplicación dogmática de la misma en cuanto a establecer regímenes diversos en relación con la carga de la prueba, puede llevar a resultados disvaliosos.

En este aspecto, comparto las conclusiones de Zannoni, cuando expresa que “...como la prestación es el medio de satisfacción del interés del acreedor, este imputará al deudor, en su caso, incumplimiento o deficiente cumplimiento de la conducta debida en relación con el resultado esperado a través de esa conducta. En algunos casos la frustración del resultado permite inferir por sí mismo *-res ipsa loquitur-* que el deudor no cumplió con la conducta debida; en otros no sería suficiente, pero no porque la conducta debida sea en sí el objeto de la obligación -como lo proponen quienes aluden a la obligación de “medios”- sino porque el resultado esperado pudo frustrarse a pesar del cumplimiento por el deudor, de la conducta debida. Entonces el acreedor no puede imputar al deudor responsabilidad sino probando que por el obrar culpable de éste queda insatisfecho el objeto.” (Conf. autor citado, Obligaciones de medio y de resultado Observaciones críticas

---

*seguro*, Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública, 2005, p. 244.

25. MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p.133.

26. <http://www.saij.gov.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cristina-alicia-fernando-otros-responsabilidades-profesionales-fa01020003-2001-03-04/123456789-300-0201-Oots-eupmocs ollaf?>

27. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala K, R. M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario, 9 de noviembre de 2016, en: <https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento>. [consulta 17 de julio de 2021]

a un distingo conceptual a propósito de un fallo), en J.A. 1983-II-p. 170). [...].

En materia de responsabilidad médica, todo tratamiento, todo proceso de curación o intervención quirúrgica contiene medios y se dirige a un resultado. De allí que el medio y el resultado se entrelazan, sin que se pueda establecer entre ambos límites precisos (C N Civ. Sala H, in re 151722 del 7 de junio de 1995). Por ello, en casos como el de autos -como veremos- precisamente la deficiencia del tratamiento o medios que debieron emplearse, provocaron el incumplimiento. [...]. »

### Elementos que deben concurrir para la aplicación del aforismo *res ipsa loquitur*

Dado que se pone a disposición del demandante un mecanismo de facilitación de la prueba para juzgar la culpa del demandado, aquel para invocar la aplicación del axioma deberá acreditar una serie de requisitos.

- Que el evento dañoso ocurra por la existencia de una conducta negligente.

Al demandante se le exige la prueba de los presupuestos fácticos sobre los que fundamenta su pretensión, que es preciso que surjan de un acto negligente del demandado; y la demostración de la probabilidad de que éste haya causado el daño para que se active el mecanismo presuntivo. Ello implica que a pesar de no haber pruebas claras sobre cómo se produjo el daño, la lógica hace presumir que es más probable que el facultativo haya causado el daño a que no lo haya generado.

Es decir, que es requisito *sine qua non* para la aplicación de la regla la prueba indiciaria de la negligencia del médico. Pero la aplicación de la regla al caso concreto, ni aún en el supuesto de que se pruebe dicha negligencia, resulta suficiente para condenar al demandado.

- Que no concurren otras causas distintas a la negligencia del demandado.

El actor sólo debe probar aquellas causas que generen dudas razonables sobre la responsabilidad del médico demandado en la causación del evento dañoso. Basta con que demuestre que aquel pudo tener el control de la situación relacionada con el campo de su actuación profesional, con lo que se persigue más que la efectividad del control de la situación por el demandado, descartar la posibilidad de la intervención de factores ajenos a la participación del médico que pudieran producir la ruptura del nexo causal. Es así como no puede invocarse el axioma *res ipsa loquitur* cuando el daño pudo haber sido causado por el desarrollo normal de la enfermedad, o por condiciones preexistentes en la víctima.

Ahora bien, sostiene Bullard González con fundamento en el fallo *Borestein vs. Metropolitan Bottling Co*, que, si de las evidencias se desprende que hubo las mismas posibilidades que el daño se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la máxima *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso.<sup>28</sup>

- Que el evento dañoso se origine en una conducta que esté exclusivamente bajo control del demandado.

Con esta exigencia, la probabilidad de intervención de otra causa, incluso la in-

28. BULLARD GONZÁLEZ, A., op. cit., pp. 217-236, p. 224

tervención de la propia víctima o de terceras personas, será remota. De este modo se pueda inferir el nexo causal entre el daño y la negligencia. Pero puede haber factores que importen la ruptura del nexo causal, determinando que el resultado lesivo ya no se encuentre dentro del ámbito de acción del médico demandado y por lo tanto el actor no se pueda beneficiar con la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, tal lo expresado en el requisito anterior.

Esos factores que determinan la ruptura del nexo causal pueden ser inherentes al comportamiento de la propia víctima (art. 1729 C.C. y C.) o de un tercero (art. 1731 C.C. y C.). En estos supuestos hay dos puntos de vistas distintos. Uno sostiene que en estos casos se excluye totalmente la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* porque la cosa o el hecho dañoso no estuvieron en exclusividad bajo el control del demandado. El otro argumenta que se debe aplicar la regla, distribuyendo la responsabilidad en la proporción de culpa que tenga el profesional y la propia víctima o el tercero.<sup>29</sup>

Cuando el daño es manifestación de un riesgo que se encuentra dentro de la esfera de control de un equipo médico, y éstos tienen un pleno control del riesgo resulta muy difícil determinar cuáles profesionales han desempeñado su actuación conforme a la *lex artis* y cuáles no. Así les compete a todos probar que actuaron con la diligencia debida en la organización del servicio y en la supervisión de los dependientes, y la responsabilidad del profesional o de la institución se ventilará en concordancia con las reglas generales de responsabilidad civil del principal por el hecho de los dependientes. Ante el silencio o la renuencia de los demandados, los jueces harán hablar a las cosas o a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Por lo tanto, en este supuesto sí resulta aplicable el axioma, porque no hay ruptura del nexo causal, sino asignación de responsabilidades acorde al nivel jerárquico de cada interviniente.

- Que el demandado tenga mayor conocimiento y mayor información con respecto de la causa del evento dañoso.

Este requisito cobra especial relevancia en la responsabilidad médica, ya que es uno de los campos en que se advierte más nítidamente la amplitud de la brecha de conocimiento e información entre el actor (paciente) y demandado (profesional de la salud) y el contexto en que los hechos se desencadenan. Deben descartarse razonablemente causas tales como el riesgo propio de una operación, la actuación de terceros, el comportamiento de la propia víctima en el cumplimiento de las instrucciones durante el post operatorio entre otras para que sea procedente la aplicación del axioma *res ipsa loquitur*.

### La carga de la prueba en relación con el aforismo *res ipsa loquitur*

La relación jurídica, inicialmente estática entre sujeto-objeto, se dinamiza en un vínculo sujeto-objeto-acción cuando sobreviene un proceso judicial por mala praxis y ha sido materia de una complejidad progresiva pues al lado de la obligación principal fueron surgiendo obligaciones accesorias, compromisos colaterales, y más tarde, se incluyó el sistema de la responsabilidad concomitante con el factor de riesgo.

En la medición del riesgo adjudicado a una y otra parte, es esencial la posición probatoria que asume cada cual, que depende de variables tales como la facilidad o la

29. *Ibidem*, p. 226.

dificultad para el ofrecimiento y la obtención de la prueba, y para su producción. Inexorablemente va abriéndose paso en materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la totalidad de la carga probatoria, sino que se fue afianzando en la doctrina y aplicando en la jurisprudencia el principio de las cargas probatorias dinámicas, que resguarda el principio de buena fe y la igualdad procesal en el marco de las garantías constitucionales.

El *onus probandi* tal como lo consagraba Paulo en el Digesto dejaba inerte el legítimo derecho del paciente ante los estrados judiciales. A fin de paliar esta situación se fueron forjando mecanismos tendientes a estabilizar su situación probatoria; entre ellos surgió el axioma *res ipsa loquitur*, que tuvo como objetivo equilibrar el *onus probandi* en beneficio del paciente (víctima) evitando colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En muchas ocasiones, el actor (paciente) ha sufrido un daño que claramente debió ser causado por el facultativo demandado al aplicar un tratamiento o practicar una intervención. La víctima ajena al entorno médico tiene imposibilidad o serias dificultades para acceder a la prueba; no conoce con certeza cómo han ocurrido los hechos, ora porque no posee los conocimientos técnicos en la materia litigiosa, ora porque en gran parte de las actuaciones médicas más propensas a producir resultados dañosos, el paciente (actor) se mantiene en un estado de inconsciencia plena o parcial por estar bajo los efectos de la anestesia. En tales circunstancias, el médico demandado goza de una posición procesal más ventajosa, muchas veces en posesión de los elementos probatorios, o con más fácil acceso a ellos por su profesión, cuando están en poder de los centros hospitalarios. Por lo tanto, la máxima *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar que las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren, desaparezcan.

La modificación de las reglas generales sobre carga de la prueba tiene lugar cuando una de las partes, generalmente el médico demandado, obstruye o no coopera en la aportación de las pruebas, o cuando debiendo haber ofrecido explicaciones convincentes de los hechos fue reticente en hacerlo, conculcando los derechos de información del paciente. Sobre el particular existe un deber específico de los profesionales sanitarios de proporcionar y documentar la información relativa al paciente, según resulta de la ley N° 26529/2009 de Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado (arts. 3, 12 a 21; cap. IV historia clínica) y sus modificatorias N° 26742/2012 y N° 26812/2012 y de la ley N° 17132/1967 de Ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de estas (título VIII sanciones).

En sentido opuesto, se pronuncia Wierzba que sostiene «[...] no siempre el experto estará en mejores condiciones de probar, como viene expresándose desde ciertos sectores de opinión. Así, por ejemplo, un médico demandado al límite de la prescripción, con base en un alegado error diagnóstico cuya develación depende de estudios complementarios en poder del paciente y de documentación médica complementaria en poder de terceras instituciones, que tendrá el término de la contestación de la demanda para desplegar su posición defensiva, podrá no estar en mejores condiciones de probar que su contradictor.»<sup>30</sup>

No es lo que generalmente ocurre, siendo el descripto un supuesto de excepción. Lo

30. Wierzba S., «La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley Año XVII-Número 9, 2015, 5-25, p. 18.

que acontece habitualmente es a la inversa; el paciente es el que se encuentra en un estado de dificultad probatoria extrema, que torna ilusoria la concreción de sus derechos. Es por ello por lo que fueron apareciendo las presunciones judiciales de prueba favor *victimae*.

Las circunstancias señaladas justifican alterar la distribución general de las reglas sobre carga probatoria en función del carácter potestativo de la facultad del juez (art. 1735 C. C. y C.) desplazando la carga de la prueba hacia el profesional o hacia el centro sanitario.

La carga de probar los factores de atribución y las circunstancias eximentes (art. 1734 C. C. y C.) y la relación de causalidad (art. 1736 C. C. y C.) sigue correspondiendo a quien la alega.

No hay inversión de la carga de la prueba, sino simplemente aplicación del principio: *actori probat actionem, reus exceptionem*, en relación con el *onus probandi* y de esta manera flexibilizar la prueba y repartir entre los contendientes la fatiga de la comprobación judicial.

El axioma *res ipsa loquitur* comenzó a aplicarse a mediados del siglo XX y quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón, fundamentándose en el deber de colaboración con el juez y en el principio de tutela judicial efectiva.

Dicha aplicación no altera la regla general de responsabilidad subjetiva ni impone una obligación diferente para los facultativos, sino que presume la culpa a partir de la demostración del daño por el demandante. No equivale a la responsabilidad objetiva; aunque la tendencia dominante actualmente está evidenciando que el criterio objetivo puede estar más acorde con los nuevos requerimientos, que el criterio subjetivo. La diferencia radica en que la responsabilidad objetiva, lejos de querer buscar culpables directos, lo que pretende es compensar la posición de las partes permitiendo que sea el que se encuentre en mejor posición, el que demuestre cómo sucedieron los hechos. De esta forma se le permite también al demandado proporcionar pruebas que lo exoneren de responsabilidad, cumpliendo con el principio *actori probat actionem, reus exceptionem*.

Siendo la actividad médica una obligación de medios en la generalidad de los casos, ya que sólo excepcionalmente configura una obligación de resultados; en la mayoría de las situaciones mientras el demandado pruebe su diligencia, no se le podrá imputar responsabilidad alguna.

La cercanía entre la responsabilidad objetiva y el axioma *res ipsa loquitur* se debe a que ambas tratan de reducir el costo del error siendo precedente el axioma.

## La regla *res ipsa loquitur* y las presunciones judiciales

La máxima *res ipsa loquitur* no es una presunción en el sentido técnico jurídico, sino un mecanismo de facilitación de la prueba mediante un razonamiento deductivo para juzgar la culpa del profesional médico a partir de una evidencia.

A diferencia de las presunciones, no exige al demandante demostrar el hecho indiciario y el nexo causal, sino que, a partir de la demostración del primero, el juzgador puede deducir tanto el hecho presunto como el nexo que lo conecta al indicio, por simple apreciación de la experiencia común.

En el proceso judicial, cada una de las partes procesales debe proporcionar al juez los indicios en que fundamentan sus respectivas pretensiones y a partir de aquellos, el juez valorará si tienen la entidad suficiente para formar su convicción, en relación con la certeza del hecho presunto, el nexo causal, o la culpa del profesional o del centro sanitario y acerca del vínculo entre el hecho admitido y probado, y el hecho presunto.

Uno de los casos paradigmáticos de invocación del axioma *res ipsa loquitur* es aquel determinado por el olvido de material quirúrgico en alguna cavidad del cuerpo del paciente, ya que resulta evidente que fue indispensable una acción humana capaz de depositar y olvidar dicho material durante la intervención quirúrgica. En tal sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/12/2008 en el caso «Kerdocas, Verónica del Rosario c. Medicorp Argentina S.A. y otros».<sup>31</sup>

«[...] Al ubicarse en el ámbito contractual, si bien la obligación es de medios, la culpa también quedará presumida, por aplicación del principio “*res ipsa loquitur*” y por la existencia de una presunción de culpa que obliga al profesional a desvirtuarla acreditando que actuó en la ocasión con idoneidad, prudencia y diligencia. La sola presencia del olvido permitirá al juez inferir la culpa del médico a partir de ciertos indicios probatorios, presumiendo, salvo prueba en contrario, que no ha adoptado los mecanismos adecuados, como el recuento de los materiales, para impedir que ello ocurra (Conf. Calvo Costa, Carlos A., “Daños ocasionados por la prestación médico asistencial”, pág. 407).»

En los casos de riesgos que se encuentran dentro de la esfera de control del profesional o de los centros sanitarios, opera sobre ellos la carga de probar y en su caso de demostrar que actuaron con la diligencia debida en la organización del servicio, en la dirección o supervisión de sus auxiliares. En otro fallo también sobre olvido quirúrgico la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J en los autos: «V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios», el 10 de octubre de 2017 ha ratificado la responsabilidad del titular por el hecho de los dependientes.<sup>32</sup>

«[...] Doctrinariamente predomina en quienes han estudiado el problema, que se rata de daños causados por el médico con las cosas, debido a que en ellos el hecho de la cosa sometida en un principio dócilmente al control humano se ha independizado y ha escapado del acto médico puro (Conf. Felix A. Trigo Represas “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión” en Rev. La Ley 1981 – B- 781; también Alberto J. Bueres en “Responsabilidad civil de los médicos” 3° ed. 2006, pág. 419) [...]»

La mera existencia del “*oblito*” demuestra -por la fuerza de los hechos que hubo descuido en el conteo de las gasas y que ese descuido es imputable al cirujano, aun cuando no se encargara él del retiro de las mismas personalmente, ya que el cirujano es el encargado de remover todos los objetos que quedan en el cuerpo del paciente y, además, como jefe del equipo o integrante del grupo médico que intervino en el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia, sino que responde por la conducta de los componentes de ese equipo, cuyas actividades en aquel acto, el jefe o el cirujano

31. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala G, Kerdocas, Verónica del Rosario c/ Medicorp. Argentina S.A. y otros, 15/12/2008, en: [www.derechoalasalud.com.ar](http://www.derechoalasalud.com.ar) [consulta del 5 de Julio de 2021]

32. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala: J, V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios, 10-oct-2017, en: <https://aldiaargentina.microjuris.com> [consulta del 5 de julio de 2021]

orienta y coordina” (CNCiv., Sala C, 20-5-93, ED-154-602; CNCom., Sala C, 23-4-99, LL.-1999-C- 441 y sus citas jurisprudenciales; Vazquez Ferreyra R., “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, Buenos Aires 1992, p.199 y sig.). »

El tercer tipo de riesgos en el que se puede invocar el mentado axioma es el referido a las lesiones físicas sufridas por pacientes anestesiados, mientras se encuentran en la mesa de operaciones en el transcurso de una intervención. En el caso «C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios» se determinó la responsabilidad del médico demandado por infracción al deber de seguridad debido a las lesiones que sufrió una paciente en una pierna por quemaduras provocadas con electrobisturí, aplicándose la regla *res ipsa loquitur*.<sup>33</sup>

« [...] En el caso particular del médico demandado, considero que éste “responde objetivamente por los daños causados por el hecho de la cosas en virtud de una obligación de seguridad resultando fundada en el factor de garantía” (cfr. fs. 832 vta., anteúltimo párrafo), señalando que cuando un médico emplea cosas riesgosas para el cumplimiento de su cometido debe hacerse una distinción entre el “acto médico puro” y “el hecho de la cosa” propiamente dicho, considerando que en el primer supuesto la cosa cumple un rol secundario y el acto médico absorbe la incidencia de la cosa mientras que en el segundo la cosa causa el daño como resultado de su riesgo o vicio, supuesto en el que encuadró el caso en tratamiento.»

Otro ocurre por los daños causados por el mal funcionamiento de aparatos e instrumental sanitarios, siendo misión del profesional velar por el buen estado de conservación y funcionamiento de la aparatología y su verificación, previo a llevar adelante una intervención. En el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B de fecha 20 de mayo de 2021 en los autos «L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares», se admitió una demanda de mala praxis por las quemaduras que sufrió una paciente en su pierna derecha durante un tratamiento de kinesiología con electrodos.<sup>34</sup>

« [...] es el relato del propio kinesiólogo codemandado el que evidencia que las quemaduras sufridas por la demandante en su pierna derecha fueron provocadas por los electrodos conectados a un aparato de electromedicina programado por aquél; hecho también confirmado por la experta médica cirujana designada de oficio en autos, [...]. Y si bien tampoco se ha comprobado que el mentado equipo hubiera sido incorrectamente programado por el kinesiólogo al utilizarlo para la electroanalgesia a aplicar en la rodilla derecha de la accionante, es claro que De La Fuente no efectuó una adecuada supervisión de su buen funcionamiento durante la sesión, cuidando que no provocase lesiones térmicas a la paciente. Y ello, como es lógico, constituye una omisión culpable que compromete su responsabilidad profesional en la especie (cfr. arts. 512, 902 y 909 del Código Civil).»

También se aplica el axioma para los casos de los daños sufridos por pacientes en hospitales y centros sanitarios, por caídas mientras el paciente se encuentra o es trasladado en una camilla, o de una silla de ruedas a la cama, o en baño. Pertenece también a la esfera de riesgos asumidos por la institución sanitaria, la adopción de las medidas

33. TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala/Juzgado B, C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios, 26-sep-2017, en: <https://aldiaargentina.microjuris.com> [consulta 19 de julio de 2021]

34. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Sala B, L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares, 20 de mayo de 2021, en: [microjuris.com](https://microjuris.com) [consulta 16 de septiembre de 2021]

de higiene y desinfección requeridas para evitar infecciones intrahospitalarias. De igual modo, se hace extensiva la aplicación del mentado aforismo a los riesgos derivados del obrar defectuoso del profesional médico en el sentido de constituir una infracción clara a las reglas o conocimientos médicos básicos, de modo que ningún profesional del sector incurriría en ella. La conducta se encuadra, - teniendo en cuenta las variadas gradaciones de la culpa contempladas en la compilación justiniana - en la culpa leve, tomando como parámetro la de un médico clínico promedio. En suma, son variadas las situaciones que se vienen resolviendo mediante la invocación del aforismo bajo las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield y las del Código Civil y Comercial de 2015.

La finalidad de la máxima *res ipsa loquitur* es mitigar los efectos que podría tener la aplicación rígida del principio de la carga de la prueba: «*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*» (Paulo; Dig. 22, 3, 2); dado que la complejidad de la materia dificulta sobremanera al actor la aportación de la prueba debido a la desigualdad en que se encuentran las partes en conflicto.<sup>35</sup>

La situación particular que se presenta cuando es demandado un profesional de la salud genera un desequilibrio ante el juzgador, ya que sólo el conocimiento científico del propio demandado puede probar si ha incurrido o no en un obrar culpable y aportar luz para que el juez califique si ha habido o no negligencia profesional. En la doctrina se debate respecto a si es compatible la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* con la aportación de pruebas, ya que la posibilidad de aportar pruebas vendría a desvirtuar lo indiscutible de la evidencia basada en máximas de la experiencia común.

Siendo un aspecto controvertido del análisis, las posturas al respecto son diversas. Por su parte, la doctrina anglosajona sostiene que el profesional del derecho no posee los conocimientos técnicos ni científicos para evaluar el daño; por lo tanto, resultaría cuanto menos inconveniente prescindir de la prueba pericial para dictar un fallo debidamente fundado.<sup>36</sup>

En un criterio totalmente contrapuesto la doctrina española, aunque no es unánime, sostiene que si la producción de prueba pericial resulta necesaria para afianzar el enunciado del aforismo debe entenderse que las cosas o las circunstancias no hablan por sí mismas, y que necesitan sustentación probatoria. Consecuentemente la esencia del aforismo es incompatible con la producción de prueba.<sup>37</sup>

Pareciera que hay un delgado límite entre esta regla y la presunción de responsabilidad, pero incompatibles entre sí. En tal sentido Díez-Picazo plantea la cuestión: «[...] lo que no es posible saber es por dónde corre la línea divisoria entre los casos en que debe aplicarse la regla general, la carga de la prueba del daño que pesa sobre el demandante, y los casos en que el rigor de la carga de la prueba se suaviza, y el daño es consecuencia natural e inevitable del incumplimiento.»<sup>38</sup> Dependerá entonces de la valoración del juzgador en la casuística.

35. LLAMAS POMBO, E., «Doctrina general de la culpa médica» en Llamas Pombo, E. (Dir.) *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Las Rozas, Madrid, La Ley, 2014 pp. 32-42

36. NAVARRO MICHEL, M., «La aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 3/2003, 1197-1230, p.1209

37. BULLARD GONZÁLEZ, A., op. cit., pp. 217-236, p. 221.

38. DIEZ-PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, Civitas, 2008, p. 794.

La delimitación legal de las condiciones bajo las que tiene que operar la mentada máxima permite mantener bajo control el margen de decisión del juez respecto a la alteración de las reglas generales sobre carga de la prueba.

Existe el riesgo cierto de una invocación abusiva de la máxima, que puede llevar a atribuirle responsabilidad al demandado sin pruebas suficientes; o bien a convertir lo que es un mecanismo presuntivo en una práctica habitual, invirtiendo sistemáticamente la carga de la prueba. Para evitar que ello ocurra, el demandado tendrá la oportunidad de demostrar que su actuación se desarrolló conforme a la *lex artis*, y de aportar al proceso aquellos elementos que contribuyan al esclarecimiento.

Pero no es menos cierto que la prescindencia absoluta de la máxima *res ipsa loquitur* contribuirá a que la reticencia del demandado a aportar las pruebas que puedan conducir al esclarecimiento de los hechos no tenga consecuencia disvaliosa alguna para él. Si ha desarrollado un comportamiento negligente pretenderá ocultar las pruebas que están en su poder, porque justamente lo que pretende es evitar que salga a la luz la verdad de lo acontecido. La doctrina advierte que no se debe calificar de negligente la conducta del profesional por el solo hecho de que el resultado de la intervención no haya sido satisfactorio. La producción de un daño indeseado no constituye por sí misma prueba de una falta de diligencia porque cualquier tratamiento médico comporta de por sí, los riesgos propios de su especie.

En suma, la aplicación de la regla, cumpliendo con todos los requisitos exigidos, en el análisis particular de cada caso concreto, será la mejor garante para evitar que ninguna de las partes pierda el incentivo de tomar las precauciones del caso y, por ende, sea aventajada en detrimento de la otra. Ello evitará que el paciente – a veces pseudo víctima – recurra a inescrupulosos operadores jurídicos, que maximizan los daños para obtener abultadas indemnizaciones, acorde a la cuantía patrimonial del demandado. Si bien este supuesto es más probable que acontezca en otros juicios de daños, como los derivados de accidentes de tránsito, o accidentes laborales, que en los juicios de mala praxis médica por el contexto en que se producen los hechos dañosos. Y de igual modo, la aplicación de la regla podrá impedir que el demandado negligente oculte las pruebas que obran en su poder para evitar ser condenado.

Un aspecto novedoso introducido por el código unificado es la responsabilidad por daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o por actividades riesgosas regulada como objetiva, según surge del art. 1757 del C. C. y C. Por ende, el factor de atribución que seguirá reinando en la responsabilidad civil, entre las que se incluye la médica, será la culpa, aun cuando la obligación de hacer se preste con cosas, excepto que causen un daño derivado de su vicio.

No obstante, la incursión cada vez más creciente de la tecnología, el art. 1768 del C.C. y C. dispensó del reproche culpabilístico a los profesionales liberales en general, y entre ellos a los profesionales del ámbito médico.

Así se verán privados de resarcimiento un número de casos cada vez más creciente de intervenciones médicas que deriven en resultados lesivos.

## Reflexión

En un sistema de responsabilidad contractual subjetivo como el nuestro, la aplicación de la regla resulta útil, porque si al ejecutarse la prestación se causan daños que a la víctima le resulta difícil o imposible probar, puede acudirse al aforismo *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

No obstante, celebramos que la tendencia dominante actualmente haya avanzado algo en materia de responsabilidad en pos del criterio objetivo.

Hubiera significado un mayor resguardo a los usuarios de los servicios de salud, aceptar la responsabilidad objetiva romana basada en el riesgo, donde la culpa no era el único factor de atribución de responsabilidad para resarcir el resultado dañoso y no eximir de reprensión a los profesionales liberales, porque si el profesional de la salud se beneficia haciendo uso de tecnología riesgosa, resultaría lógico que afrontara los riesgos de utilizarla. El acierto o desacierto de la exclusión de responsabilidad del artículo 1.768 dependerá del recorrido interpretativo que se vaya forjando en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia, que continua resolviendo los casos mediante el uso de la regla *res ipsa loquitur* para posibilitar la concreción de las indemnizaciones tal como se desprende de la lectura de los fallos citados.

El aforismo latino *res ipsa loquitur* que vio la luz en los procesos judiciales en el 52 a.C. continúa en la invocación de los jueces para resolver con equidad los casos en que al actor le es imposible obtener la prueba, lo que nos impulsa una vez más a destacar el riquísimo legado de Roma que conserva vigencia a través de los siglos.

## Bibliografía

### Fuentes Documentales

García Del Corral, I. (1892). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: E. Molina.

Gayo. (1845). *La Instituta*. Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica,. Código Civil y Comercial en: <https://www.saij.gob.ar>

### Bibliografía Específica

Albaladejo García, M. (2011). *Derecho civil II : derecho de obligaciones*. 14ª ed. Madrid : Edisofer

Alvarez Suárez, U. (1955). *Curso de Derecho Romano*. Madrid : Revista de Derecho Privado.

Ayala J. A. (2004). En Defensa de Milón,. En: *Antología de textos latinos I*. México D. F. : UNAM. p.355

Bueres, A. (1979). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires : Abaco.

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

Calvo Costa, C. (2015). La responsabilidad civil médica ante el nuevo código civil y comercial. En: *La Ley*. cita online AR/DOC/126/2015. *Daños ocasionados por la prestación médico asistencial*, 2° edición actualizada, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B, L. A. M. c/ Sanatorio Prof. I. S.A. y otros s/ daños y perjuicios – responsabilidad profesionales médicos y auxiliares, 20 de mayo de 2021, en: microjuris.com [consulta 16 de septiembre de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Kerdocas, Verónica del Rosario c/ Medicorp. Argentina S.A. y otros, 15/12/2008, en: [www.derechoalasalud.com.ar](http://www.derechoalasalud.com.ar) [consulta del 5 de Julio de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: J, V. M. C. c/ C. J. M. s/ daños y perjuicios, 10-oct-2017, en: <https://aldiaargentina.microjuris.com> [consulta del 5 de julio de 2021].

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K, R. M. M. contra P., E. y otro sobre Daños y perjuicios. Ordinario, 9 de noviembre de 2016, en: <https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento>. [consulta 17 de julio de 2021].

Cuenca, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires : E.J.E.A.

De Angel Yágüez, R. (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos : problemas de prueba*. Madrid : Civitas.

Diez Picasso, L. (2002). La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. En: *Anuario de Derecho Civil (ADC)*. pp.1009-1027.

Diez-Picazo, L.; Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial II : las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid: Civitas.

Estrada, S. (2015). El onus probandi y la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En: *Actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. pp.251-281.

Feliú, J. (2018). Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria. En: *Revista de derecho civil* vol. V, núm. 5(1):55-97. Recuperado el 5 de agosto de 2020: <http://nreg.es/ojs/index.php>

Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2° ed. Madrid : Reus.

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewArticle/1429/1674>

<http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cristina-alicia-fernando-otros-responsabilidades-profesionales-fa01020003-2001-03-04/123456789-300-0201-0ots-eupmocs-ollaf?>

Llamas Pombo, E., dir. (2014). *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria : un análisis interdisciplinar*. Madrid : La Ley. pp.32-42.

«Doctrina general de la llamada culpa médica» en *Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro*, Santiago de Compostela, Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública, 2005.

Lorenzetti, R. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. 2ª ed. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.

Mosset ITURRASPE, J. (1985). *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires : Astrea.

Navarro Michel, M. (2003). Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario. En: *Anuario de derecho civil* (ADC). pp.1197-1230.

Padilla R. (2016). Responsabilidad civil profesional : con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. 18(1):1-21.

Reyes, A.; Romero, F.; Onis, F. de; Báez, R.; Arciniegas, G. (1950). *Grandes discursos*. vol. XIX. Buenos Aires : Jackson Editores.

Scialoja V. (1954). *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires : EJAE.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala/Juzgado B, C. C. G. c/ Osuthgra y otros s/ daños y perjuicios, 26-sep-2017. En: <https://aldiaargentina.microjuris.com> [consulta 19 de julio de 2021].

Wierzba S. (2015). la responsabilidad médica en el nuevo código civil y comercial de la nación. En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. 17(9):5-25.