

LA EXPANSIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EFECTO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

2

El seguro de responsabilidad civil junto a otras formas de colectivización de la responsabilidad

Los fenómenos de socialización y colectivización corresponden a nociones distintas: la *seguridad social* es el prototipo de la primera y el *seguro de responsabilidad civil* lo es de la segunda. La *socialización* es la dilución del peso económico del perjuicio en el seno del grupo social y se realiza a través de procesos de reparación independientes de la responsabilidad civil, los cuales organizan la dilución de los riesgos entre una vasta mutualidad, repartiendo la carga de la reparación entre un gran número; por ello, la seguridad social resulta ser el arquetipo de la socialización, dado que su función es asegurar a las víctimas, fuera o independientemente de todo sistema de responsabilidad, una mínima reparación de los atentados a su salud e integridad corporal. Por su parte, la *colectivización* —de la cual el seguro RC es su prototipo— consiste también en diluir la carga de la reparación pero entre una colectividad reducida; por lo tanto, en principio, solo son llamados a contribuir los individuos directamente relacionados con la creación del riesgo. De acuerdo con su principio rector, es justo que las colectividades que introduzcan riesgos en la vida social o que recojan los beneficios de una actividad reparen los daños causados por su hecho; así, la colectivización organiza la

repartición de la carga de la indemnización entre el conjunto de miembros de la colectividad generadora de daños, es decir, reparte el riesgo en el interior de una colectividad determinada por su relación con la causa de los daños.⁵²

Desde hace muchos años se empezó a hablar del estado de crisis en que se encontraba el derecho de la responsabilidad civil, debido a la incursión de estas dos instituciones que modificaron profundamente su funcionamiento tradicional, pusieron en tela de juicio sus funciones y contribuyeron a su declive en los países industrializados, esto es, la seguridad social y el seguro.⁵³

Responsabilidad y solidaridad, responsabilidad y seguro: se trata de instituciones totalmente distintas. En efecto, mientras el derecho de la responsabilidad civil concierne a la reparación de un daño infligido ilegalmente a alguien, en su persona o en su propiedad, la seguridad social asegura una protección más amplia, ya que ampara la persona contra todos los daños sufridos con ocasión de una conducta ilegal o de un accidente, y la solidaridad sobrepasa la indemnización misma de los daños cuando, por ejemplo, protege a las personas contra la falta de recursos debido a la edad.

La responsabilidad y la solidaridad difieren ampliamente en su filosofía⁵⁴: la primera tiende a compensar un daño causado ilícitamente; la segunda pretende atenuar las consecuencias de un daño, de una enfermedad, de una fatalidad, sin importar cuál sea su fuente. Sin embargo, se ha dicho que esta última vuelve menos esencial a los intereses de la víctima la aplicación de la responsabilidad civil, sobre todo en lo atinente a los daños accidentales estadísticamente inevitables. En verdad, siempre se dudó de que a través de las reglas de la responsabilidad, fundadas en la culpa, se pudiera indemnizar este tipo de daños.

Seguridad social y seguro son dos conceptos distintos, donde el elemento diferenciador entre las dos clases de aseguramiento es la falta de automatismo de la garantía del seguro RC, pues mientras en el seguro social es suficiente con encontrarse en las condiciones previstas en la ley para hacer efectiva la garantía,

52 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, op. cit., p. 5.

53 Louis Josserand, La evolución de la responsabilidad civil, en *Cinco conferencias*. Bogotá: Univesidad La Gran Colombia, 1943, p. 31; André Tunc, *La responsabilité civile*. París: Economica, 1989, p. 7. André Tunc, Responsabilité, assurance et solidarite sociale dans l'indemnisation des dommages, en *Etudes de droit contemporain. VIIIème congrès international de droit comparé*. Pescara, 1970, p. 65.

54 André Tunc, *La responsabilité civile*, op. cit., p. 22.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

esta particularidad está ausente en el seguro RC. Sin embargo, en el seguro RC obligatorio, como el de accidentes de tránsito, este inconveniente se resuelve a través de un sujeto distinto obligado a la prestación, esto es, el fondo de garantía. En efecto, para los casos de víctimas de vehículos fantasmas o de vehículos no asegurados, por lo regular la empresa aseguradora no está obligada a reparar los daños, pues esta obligación es asumida por otro ente poseedor de todas las características del seguro social, a saber: el fondo de garantía. Así pues, ni siquiera donde subsiste la obligación legal de asegurarse, el seguro RC se asimila a los seguros sociales.⁵⁵

La responsabilidad y el seguro también son instituciones diferentes, pero al tiempo estrechamente concurrentes.⁵⁶ Se trata de dos fenómenos distantes en su contenido, fundamento, instrumentación y finalidad, pero que con el tiempo han podido combinarse hasta casi convertirse en el conocido “binomio indisoluble”. En efecto, en lo concerniente al contenido, mientras que la responsabilidad se concreta en una obligación de resarcimiento del daño causado, el seguro se sustancia en una obligación de reembolso de las consecuencias dañosas de un siniestro del que no se es responsable.

Respecto a su fundamento, para la responsabilidad este consiste en el hecho del hombre que causa daño a otro por culpa; por su parte, para el seguro, el fundamento se circunscribe al riesgo de meros eventos accidentales o de pura suerte y del que por ello se excluye la idea de culpa. Finalmente, en lo que toca la instrumentación y la finalidad, la responsabilidad opera como reacción individual al daño y se dirige a trasladar la incidencia de este de quien lo ha sufrido a quien lo ha ocasionado; por su parte, el seguro obra en función de la garantía colectiva contra el riesgo de eventos dañosos.⁵⁷

El seguro, cuyo origen es cristiano, inspirado por el espíritu de la caridad, al tener como objetivo la ayuda al individuo a través de la colaboración voluntaria

55 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1998, p. 17.

56 André Tunc, Responsabilité civile et assurance, en *Hommage a hulde aan tribute to René Dekkers*. Bruselas: Bruylant, 1982, p. 343; Aldo Carnevale y Armando Colagreco, Il fenomeno assicurativo dalle origini ai nostri giorni, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, n.º 103, 1999, p. 1019; Luca Buttarò, Assicurazioni, en *Enciclopedia del diritto*. Milán: 1958, p. 427.

57 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 26.

de sus semejantes⁵⁸, en sentido técnico es entendido como una cautela de quien quiere garantizarse contra un riesgo, por lo que es un criterio económico y no moral. La responsabilidad, por su parte, es una sanción patrimonial a quien incurre en culpa, por lo que es un criterio moral y no económico. Una y otro son técnicas de reparación del daño, pero mientras la responsabilidad, por regla general, pretende hacer asumir a una persona la carga del daño, el seguro pretende repartir dicha carga lo más que se pueda, a fin de que se torne lo más ligera posible para aquellos que tienen que soportarla.

El seguro otorga a la responsabilidad civil un poderoso apoyo, ya que garantiza la eficacia de la obligación de compensar el daño cuando dicha compensación es superior a los recursos de que dispone el responsable; también ha sido considerado como un instrumento viable para garantizar una reparación a la víctima del daño y asegurar la tranquilidad del ejercicio profesional. Para el caso del ejercicio de la medicina, se estima que el seguro ha llevado al médico a actuar más fácilmente a favor del paciente, aumentando su rendimiento, ya que una indemnización de gran monto pagada personalmente por él podría arruinarlo, transformando al causante del daño en otra víctima, a no ser que esté capacitado económicamente para responder por los costos de las condenas civiles de indemnización.⁵⁹

Solo a través de un lento proceso de transformación de los presupuestos de la responsabilidad se ha llegado a una moderna configuración del seguro RC como elemento de cobertura imprescindible para el desenvolvimiento de la actividad económica. En verdad, su poderosa expansión se debe a que es solicitado sin cesar ante la urgencia de cubrir la creciente red de riesgos que va extendiéndose sobre la civilización moderna.⁶⁰

El seguro de responsabilidad, en sus inicios, luego de superar todos los obstáculos que se concibieron para argumentar su inadmisibilidad, fue concebido como un sistema cerrado, pero después sufrió una transición gradual

58 Charles Saintelette, La validité de l'assurance: De la responsabilité et de la garantie, 1884 (extraits), en Suzanne Carval (coord.), *La construction de la responsabilité civile*. París: Presses Universitaires de France, 2001, p. 312.

59 Julio Meirelles *et al.*, *Error médico*. Buenos Aires: IB de F, 2002, p. 145.

60 Guido Gentile, Responsabilità civile e assicurazione, en *Responsabilità civile e assicurazione (primo convegno per la trattazione di temi assicurativi)*. Perugia, 18-19 settembre 1957. Milán: Giuffrè, 1958, p. 9.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

y natural hacia el sistema abierto, resultado de lo cual se estableció una estrecha vinculación entre la responsabilidad y el seguro.⁶¹ En efecto, como sistema cerrado, el seguro protegía exclusivamente los intereses del responsable, cuyo patrimonio era el único que se garantizaba frente al tercero, por lo cual el tercero-víctima permanecía extraño al contrato. Esta estrecha visión del sistema conducía a que se mantuvieran separados los fenómenos del seguro y la responsabilidad. En cambio, gracias a su transformación como sistema abierto, el tercero comienza a disfrutar de protección como resultado natural y previsible al que tuvo que llegar el desarrollo mismo del seguro RC, en cuanto debía permitir que emergiera la figura del tercero perjudicado, legitimado para recibir y reclamar el pago de la indemnización.

Así pues, actualmente el seguro RC es ampliamente utilizado para cubrir toda clase de responsabilidades, excepto la que deriva de la culpa intencional o dolosa⁶², es de corriente utilización entre los profesionales y se ha convertido en el arquetipo de la colectivización de la responsabilidad.

La culpa frente a la difusión del seguro de responsabilidad civil

El principio según el cual cada quien es responsable del daño causado por su culpa fue admitido por todos los países que sufrieron la influencia jurídica francesa, entre ellos Colombia. Este principio de *la responsabilidad por culpa* tiene en Occidente un valor casi universal:

Juristas y no juristas consideran que es el fundamento justo de la indemnización de los daños que una persona puede sufrir en la sociedad por el hecho de otra persona; de otra parte, consideran que es un fundamento de orden social al disuadir a cada uno de cometer culpas. De este modo, el principio responde de manera satisfaciente a las dos grandes funciones de la responsabilidad civil: reparación y prevención.⁶³

61 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 33.

62 Claude Delpoux, Les assurances de responsabilité..., *op. cit.*, p. 764; Carlos Schiavo, El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional médica, en Óscar Garay (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 984; Alberto Polotti, La copertura assicurativa in campo medico, en *Diritto ed economia dell'assicurazione*, n.º 1, 2001, p. 380.

63 André Tunc, L'avenir de la responsabilité civile pour faute, en *Osaka University Law Review*, n.º 35, 1988, p. 2.

Desde hace varios años se han presentado argumentos a favor y en contra de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil; oposiciones que, según varios autores, dan testimonio de la crisis de esta institución y de la puesta en tela de juicio de la culpa. Los adeptos de un denominado modernismo miran la culpa como el símbolo de una sociedad arcaica; por su parte, los poseedores de una tradición liberal heredada de la Revolución francesa alaban gustosos el “vigor” de este elemento.⁶⁴

Distintos valores sociales, morales y educativos han sido expuestos como argumentos a favor, pero al mismo tiempo se han planteado fundamentos en oposición a la culpa como condición de la responsabilidad civil,⁶⁵ los cuales, a su vez, disminuyen el interés por este elemento. Entre estos eventos se destaca la ocurrencia de acontecimientos como la multiplicación de daños accidentales, los excesos cometidos por la jurisprudencia a través de la asimilación entre el error y la culpa, la dificultad que reside en el método de apreciación de la culpa *in abstracto*, la difusión de la seguridad social y del seguro de responsabilidad civil, entre otros.⁶⁶

Quienes están a favor de la conservación de la responsabilidad civil subjetiva resaltan razones éticas derivadas de la visión humanista de la sociedad que trae consigo la responsabilidad civil. En efecto, desde una concepción humanista, el hombre es dueño de su destino; por lo tanto, asumiendo su libertad y su responsabilidad, el hombre se construye y forja su personalidad, su carácter, se convierte en un hombre digno. Libertad y responsabilidad son entonces dos conceptos complementarios e indisolubles. La responsabilidad supone la libertad, el hombre es libre solo si es responsable, y este es el privilegio extraordinario que distingue al hombre de los animales y las cosas⁶⁷.

Así pues, el deber de pagar una indemnización por el daño que se causa a otro por la culpa cometida se convierte en una exigencia fundamental de la justicia.

64 Christophe Radé, L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en *Dalloz Chron*, 1998, p. 301; Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 3, 1988, p. 517.

65 André Tunc, La responsabilité civile..., *op. cit.*, p. 100; Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute..., *op. cit.*, p. 509.

66 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità...*, *op. cit.*, p. 17.

67 Philippe Le Tourneau, La verdeur de la faute..., *op. cit.*, p. 506.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

El deber de compensar un daño existe gracias a los fundamentos más sutiles o más refinados de caridad, de posición social o de responsabilidad social. Desde esta perspectiva, la culpa es considerada como una victoria de la justicia y como una exigencia de la vida social. En efecto, la responsabilidad civil es el instrumento que permite lograr un equilibrio entre la libertad del hombre y sus deberes dentro de la vida en sociedad; de ahí que se convierta en una institución esencial de la sociedad. En este orden de ideas, connotados autores han concluido que la culpa como criterio de la responsabilidad posee un valor educativo y significa reconocer la dignidad del hombre, su libertad, su capacidad para comportarse de una manera social o antisocial y su posibilidad de elegir entre el bien o el mal⁶⁸; del mismo modo, la culpa constituye a su vez el principal fundamento racional de la responsabilidad o su fundamento ético.⁶⁹

Empero, respecto a esta concepción clásica de la responsabilidad subjetiva, que reconoce cómo el derecho de la responsabilidad civil se ha esforzado por equilibrar los intereses de las partes en conflicto a fin de lograr una justicia entre ellas, se ha considerado que “ha perdido su razón de ser ya que el seguro permite que la carga de indemnizar el daño no recaiga más sobre un hombre sino sobre una mutualidad”.⁷⁰ Con la suscripción de un seguro, toda persona puede escapar a la responsabilidad civil debida a culpa no intencional,⁷¹ ya que el seguro exime al supuesto responsable de su deber de pagar la indemnización. Se corrobora así la afirmación que se hiciera referida a que solo la despersonalización de la responsabilidad permite concebir una responsabilidad que no tiene a la culpa como su fundamento. En efecto, solo haciendo pasar el autor del daño a un segundo plano y sustituyéndolo por un tercero, encargado de indemnizar, se puede lograr el cambio en el fundamento del derecho de la reparación.⁷²

Por otra parte, debe considerarse que la aceptación del principio de responsabilidad en eventos de daño ocasionado sin culpa del agente ha sido la principal causa de la expansión del seguro de responsabilidad civil. Gracias al progreso de

68 André Tunc..., *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 98.

69 Yvonne Lambert-Faivre, *L'éthique de la responsabilité*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 1, 1998, p. 2.

70 André Tunc, *Responsabilité civile et assurance...*, *op. cit.*, p. 347.

71 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità...*, *op. cit.*, p. 160.

72 Christophe Radé, *L'impossible divorce de la faute...*, *op. cit.*, p. 302; R. Rosella Cavallo, *L'assicurazione di responsabilità civile...*, *op. cit.*, p. 4.

la responsabilidad civil en el mundo moderno y al incremento de la responsabilidad sin culpa operado principalmente en los países industrializados, el seguro de responsabilidad ha sufrido un desarrollo considerable.⁷³

Sin embargo, en lo referente a la responsabilidad médica, donde aún persiste el principio de la responsabilidad por culpa y donde esta ha resistido muchos intentos en su contra, surgen algunos delicados interrogantes relacionados con saber si este sistema de responsabilidad puede tener plena operatividad con el instrumento del seguro obligatorio y si la exigencia de resarcir los daños causados al paciente puede ser enteramente confiada al instituto de la responsabilidad.

En otras palabras, es posible que al ligar el seguro obligatorio a una responsabilidad que permanece fundada en la culpa se esté corriendo el riesgo de evaporar la culpa, de liberar de responsabilidad al médico, iniciando una gran operación de mercado a favor de las compañías de seguros. Pero, por otro lado, al dejar los médicos a merced de los jueces, es posible que se ponga en riesgo el favorecimiento de la medicina defensiva.

La negligencia médica ocasiona costos económicos directos como el valor de las indemnizaciones pagadas, e indirectos como la medicina defensiva. Los primeros tradicionalmente han sido cubiertos mediante el seguro de responsabilidad civil, pero con el pasar de los años, en distintas latitudes, se viene percibiendo la necesidad de modificar el enfoque y tratamiento de la responsabilidad médica; en concreto, es preciso adoptar uno que vaya más allá de la reacción ante un hecho ocurrido que puede generar responsabilidad, es decir, actitudes y actividades preventivas que minimicen la posibilidad de ocurrencia de riesgos sanitarios, disminuyan su frecuencia, su gravedad y sus costos correspondientes. Se trata de la gestión de riesgos, que, como se analizará más adelante, no es un concepto negativo, no conduce a una medicina defensiva, ni ataca la autonomía médica y profesional.

Revisión de las insuficiencias del derecho común de la responsabilidad civil médica

Entre los principales argumentos invocados para hacer oposición contra el principio de la responsabilidad por culpa y en búsqueda de una mejor protección para

73 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des assurances...*, op. cit., p. 519.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

las víctimas, se ha subrayado, como primera medida, lo difícil que resulta en ciertos casos saber si una culpa ha sido cometida y lo complicado que resulta en algunos otros probarla. Del mismo modo, se ha recalcado el carácter inevitable de ciertos errores humanos que, aunque causan daños, no ameritan adquirir el carácter de culpa.

La dificultad en la prueba de la culpa

No puede negarse la opinión generalizada que ve en el ineludible deber de probar la culpa médica la insatisfacción de los intereses de las víctimas de los daños, para quienes ello constituye a menudo un obstáculo a la indemnización.⁷⁴ En efecto, el paciente que resulta siendo víctima de una culpa médica se enfrenta en la mayoría de los casos a una gran dificultad en materia de prueba, pues no obstante estar obligado a presentarla, hay eventos como las intervenciones quirúrgicas o incluso eventos en materia médica ordinaria en los que él ignora lo que ha ocurrido. “¿Un error se ha cometido? ¿Cuál? o bien ¿él era anormalmente sensible a tal producto? Ni el paciente, ni el juez, ni incluso el médico pueden estar seguros de la respuesta”.⁷⁵

Teniendo en cuenta el alto grado de tecnicismo que acompaña a la ejecución de actos médicos, algunas veces resulta difícil poder establecer el vínculo causal del daño ocasionado y, en consecuencia, establecer que el profesional médico ha ejecutado el acto con culpabilidad. Además, a menudo es difícil aislar un comportamiento culposo, cuando el acto médico ha sido realizado por un equipo médico. Así pues, la creciente complejidad y desarrollo técnico de la actividad médica trae consigo un aumento del riesgo en la producción de incidentes, el cual a su vez comporta una mayor dificultad en la prueba que el paciente está obligado a aportar.

Por eso se ha dicho, y con mucha razón, que la fragilidad del régimen de la responsabilidad médica, desde el punto de vista del paciente, reposa principalmente en la dificultad de la prueba de la culpa. En efecto, “la víctima es ignorante

74 Kimmel-Alcover, A propos des accidents médicaux : vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique ?, en *Petites Affiches*, n.º 155, 1996, p. 19.

75 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, op. cit., p. 164.

de las sutilezas de la medicina, y, en consecuencia, está en desventaja para establecer el incumplimiento del médico a su obligación de medios”.⁷⁶

En este orden de ideas, encontramos cómo el derecho tradicional de la responsabilidad civil médica evidencia una relación de desigualdad entre la víctima y el médico autor presunto del daño; se observa un sistema que conlleva el traslado a la víctima del peso de todos los casos de fuerza mayor, accidentes y de aquellos eventos donde la causalidad no logra ser establecida. “La ignorancia sobre los hechos es prácticamente puesta a cargo de las víctimas”.⁷⁷

Esta posición de desventaja de la víctima resulta ser agravada por la manera como funciona la prueba pericial en esta materia, dado que esta es dejada en manos de profesionales de la misma especialidad o de la misma área geográfica, lo que no logra asegurar la imparcialidad de sus conceptos, y en muchos eventos se denuncia un sentimiento de confraternidad de los peritos hacia el seno del cuerpo médico.

La importancia de esta prueba como elemento determinante en la formación del convencimiento del juez siempre ha sugerido una preocupación: el nombramiento de los peritos, que, al menos en los eventos más complejos, serán los mismos colegas, quienes tendrán que garantizar un elevado grado de confiabilidad por su experiencia y seriedad profesionales.⁷⁸ El hecho de que esta prueba sea desarrollada por un experto que no puede ser distinto a un profesional de la medicina genera la suspicacia que los médicos sean a la vez jueces y partes.⁷⁹

Del mismo modo, es constante la opinión doctrinaria que considera que la práctica de recurrir al criterio de expertos a fin de determinar la certeza de la culpa se enfrenta a otro problema referido a la voluntad sistemática de un gran número de médicos de querer cubrir a sus colegas y de emitir un concepto que concluya con una ausencia de culpa, o con una ausencia de causalidad cuando la culpa no puede ser discutida.⁸⁰ Ello se suma a que uno de los defectos esenciales

76 Paolo Girolami, Breve ricognizione dei principali contenuti della legge francese del 4 marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e della qualità del sistema sanitario, en *Rivista italiana di medicina legale*, fasc. 6, 2002, p. 1409.

77 Françoise Ewald y Henri Margeat, Le risque thérapeutique, en *Risques*, n.º 6, 1991, p. 11.

78 Mario Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*. Milán: Giuffrè, 1993, p. 88.

79 Françoise Ewald y Henri Margeat, Le risque thérapeutique..., *op. cit.*, p. 11.

80 André Tunc, La responsabilité civile, en *Deuxième congrès international de morale médicale*, I. París: 1966, p. 28.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

del sistema de indemnización fundado en la responsabilidad por culpa consiste en que este sistema exige la realización de un proceso a menudo largo, costoso y cuyo resultado es incierto.⁸¹

Desde esta panorámica, la responsabilidad por culpa no es muy satisfactoria para la víctima. A menudo, aun con el sentimiento de que una culpa ha sido cometida, renuncia a solicitar una indemnización por los gastos, la lentitud, el alea del proceso; otras veces, intenta recurrir a la justicia, pero su demanda es rechazada. Al paciente, en muchos eventos, le resulta difícil probar la culpa, porque no sabe exactamente lo que ha sucedido, no puede demostrar aquello que se le ha dicho, tendría que discutir de una técnica que él ignora y respecto la cual los expertos a menudo no son imparciales. Los expertos mismos incluso, en muchos eventos, no están en capacidad de indicar la causa exacta de lo que sucedió y si ella implica o no una culpa médica.⁸²

Así pues, la carga de la prueba en cabeza del demandante resulta especialmente pesada y constituye una verdadera hazaña. ¿Cómo puede establecer un paciente la culpa del médico cuando ha sido sometido a una delicada intervención quirúrgica bajo anestesia general?, y ¿cómo puede establecer la especificidad de la culpa cuando es todo un equipo el que ha intervenido? Tal vez con cierta razón se ha recalcado en la posibilidad de que imponer esta clase de demostraciones equivalga a la negación de toda indemnización. En verdad, “un derecho no es efectivo sino cuando su realización, su ejercicio, están asegurados. No tener un derecho, o, teniéndolo, verse en la imposibilidad de hacerlo triunfar, son la misma cosa”.⁸³

Deformación de los conceptos “culpa” y “error de conducta”

Otra de las debilidades de la culpa como criterio de la responsabilidad civil está constituida por la dificultad, que en numerosos casos se puede presentar al decidir si una culpa ha sido o no cometida. Con mucha razón André Tunc señalaba que una de las razones más profundas por las cuales la culpa podía apreciarse como

81 Geneviève Viney, coord., *L'indemnisation des accidents médicaux. Actes du colloque du 24 avril 1997 organisé par le Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I*. París: LGDJ, 1997, p. 107.

82 André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 42.

83 Louis Josserand, *La evaluación de la responsabilidad civil...*, op. cit., p. 15.

un criterio inadecuado de la responsabilidad tenía que ver con que la misma palabra *culpa* a menudo terminaba siendo aplicada sin discriminación a dos nociones diferentes: la culpa y el error.⁸⁴

Por muchas décadas se ha insistido en la diferenciación que existe entre estos dos conceptos⁸⁵; sin embargo, el deseo de asegurar una indemnización a las víctimas ha hecho que los jueces consideren como culpa aquellos errores, inadvertencias o descuidos de atención, humanamente perdonables, que ninguna persona diligente, cuidadosa y eficiente podría evitar; aquellos errores moralmente insignificantes, consecuencia de una torpeza o de un mal reflejo.

En verdad, cuando un accidente se produce, se estima que el juez se esfuerza por descubrir el comportamiento culposo que ha sido su causa, y en esta búsqueda, corrientemente asigna la responsabilidad a quien solo ha cometido un simple error que no debería ser considerado como culpa. Los estudios indican que el juez en algunas ocasiones tiende a considerar que todo error, toda torpeza o falta de habilidad o destreza constituyen una culpa.⁸⁶ Y esta es una verdadera insuficiencia del derecho común de la responsabilidad médica, en la medida en que cuando las víctimas no pueden hacer que se reconozca un principio de responsabilidad sin culpa, en ausencia de una verdadera culpa reprochable al autor, los jueces podrían contentarse con “los restos de la culpa” para facilitar la reparación.⁸⁷

El hombre es esencialmente falible; por lo tanto, se estima que cierto nivel de error no es eliminable en ninguna actividad humana, y dado que en las actividades altamente tecnológicas —como lo es la medicina moderna—, pequeñísimos errores pueden traer consecuencias desastrosas, deberíamos estar obligados a admitir que en el estado actual de los conocimientos médicos se acepte una cuota de errores inevitables, dado que la perfección no existe en ninguna actividad humana.⁸⁸

84 André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 100.

85 Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. París: LGDJ, 1973.

86 Françoise Chabas, La maladresse constitue une faute. Nota a Cass. 1er civ. 23 mai 2000, en *Droit & Patrimoine*, n.º 86, 2000, p. 99.

87 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 19.

88 Francesco Introna, Un paradosso. Con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, p. 889; André Tunc, Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux, en *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*. París: Editions A. Pedone, 1975, p. 412.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

En efecto, el error es inherente a la actividad humana ya que el hombre no posee la omnisciencia, la omnipotencia y la resistencia a todo. El error, al contrario de la culpa, es inherente al hombre, incluso al hombre diligente y cuidadoso de sus deberes sociales; y al ser estadísticamente inevitable, se estima que puede considerarse como una forma moderna de la fuerza mayor.⁸⁹ En consecuencia, asimilar el error a la culpa podría resultar contrario a la justicia, pues a diferencia del comportamiento culpable, el error hace alusión a todas aquellas equivocaciones, inadvertencias, descuidos de atención, reacciones desafortunadas a acontecimientos imprevistos que siempre han sido parte de la actividad humana, pero que muchas veces se convierten en la fuente de un número considerable de daños.

Cuando se asimila el error a la culpa, se pone en entredicho el concepto mismo de culpa, que por definición ha sido considerado como aquel “comportamiento que no habría cometido un hombre prudente, diligente, cuidadoso de sus deberes sociales”.⁹⁰ Quienes critican esta posición consideran que es un modo demasiado artificial de ver las cosas, puesto que es injusto considerar como una culpa aquellos errores que incluso el hombre más prudente y cuidadoso de sus deberes no deja de cometer. En efecto, piénsese que un hombre prudente, diligente y cuidadoso de sus deberes sociales tal vez no cometa un homicidio, una estafa, etc., pero, cuando este hombre conduce su automóvil, puede cometer errores o puede tener momentos de distracción.⁹¹ Por ejemplo, en un caso examinado en 1981 por la Cámara de Lords en Gran Bretaña, para diferenciar el error de la culpa, se señaló que si un error era tal que no podía ser cometido por un profesional razonablemente competente que tuviera aquel grado y tipo de capacidad que el acusado afirmara tener, en ese caso se estaba en presencia de una negligencia. Si, en cambio, se trataba de un error que el hombre en cuestión, actuando con una atención normal, hubiera podido cometer, entonces no había negligencia.

89 André Tunc, Responsabilité, assurance et solidarité sociale dans l'indemnisation des dommages, *op. cit.*, p. 62.

90 Hugh Cockerell, L'assicurazione della responsabilità civile del prestatore di servizi, en *Assicurazione*, 1982, p. 252.

91 André Tunc, L'assurance tous risques médicaux..., *op. cit.*, p. 167. André Tunc, *La sécurité routière*. Paris: 1966, n. 63-65.

Como claramente lo advirtió la doctrina francesa⁹², el comportamiento culpable implica una elección libre del agente sobre su conducta, quien decide adoptar un comportamiento que no hubiese asumido un buen profesional en la misma situación. La culpa es entonces una anomalía del comportamiento, objetivamente constatada con referencia a la conducta de un modelo abstracto (buen profesional, hombre razonable). Es una anomalía de conducta que no hubiera presentado un médico normalmente diligente y competente colocado en las mismas circunstancias que el agente del daño. Así, toda diferencia entre la conducta que habría tenido el estándar de referencia y aquella que ha sido efectivamente seguida hace aparecer la culpa.

El error, por su parte, es una inadvertencia, una falta de atención, una reacción desgraciada a un acontecimiento imprevisto que no implica ninguna elección por parte del agente y que hubiera podido cometer cualquier buen profesional. El error es estadísticamente inevitable⁹³, pues todo buen profesional, normalmente diligente, como cualquier hombre, es falible. El error está ligado entonces a la falibilidad humana, mientras que la culpa está ligada al defecto de prudencia y diligencia.

Esta situación de considerar el error como una culpa ocurre debido a que los puntos de vista de los juristas y los médicos difieren y se oponen en cuanto a la definición de la culpa médica misma.⁹⁴ En efecto, se estima que los médicos consideran su responsabilidad al momento mismo que la asumen; los juristas, al contrario, examinan el caso del médico en el momento que su responsabilidad es puesta en tela de juicio por un tercero; es decir, en derecho, se interroga *a posteriori* si el médico es o no es responsable.

Desde esta perspectiva, el gremio médico no comprende cómo un abogado pretenda resolver los graves problemas médicos que a él se le han presentado, no entiende que el abogado pretenda criticar la decisión que él ha tomado con fundamento en su experiencia personal y profesional, y que se le reproche el hecho de haber creado un riesgo que a él se le imponía en interés del paciente.

92 Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2002, p. 19; André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 115; Jean Penneau, *La responsabilité du médecin...*, *op. cit.*, p. 121.

93 André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 116.

94 Odile Finon, *Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale* (tesis de doctorado). Paris: Universidad Paris I, 1972, p. 64.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

“Errare humanum est”, dice el proverbio latino. Disociar el hombre del médico es evidentemente imposible; por lo tanto, el error involuntario, imprevisible, inherente al ejercicio de la profesión no debería ser constitutivo de culpa. Sin embargo, si bien teóricamente esta distinción es clara, en la práctica puede resultar muy ambigua ya sea porque no hay claridad en los hechos o porque el hecho se ubica en la frontera entre la culpa y el error. No obstante, puede tenerse en cuenta que desde el punto de vista médico, hay quienes consideran que sí es posible definir y separar los conceptos de error y culpa, por la convergencia de algunos factores fácilmente apreciables por expertos, a saber: la naturaleza del daño causado y la magnitud misma del error que testimonia una insuficiencia manifiesta de instrucción, una omisión importante o un error manifiesto durante el juicio.⁹⁵ Entre los países de *common law*, los jueces ingleses, por ejemplo, generalmente reconocen que el hombre razonable es falible; luego, el error no es necesariamente una culpa. Así lo declaran expresamente respecto de los médicos.⁹⁶

De este modo, se ha considerado que olvidar una compresa en el cuerpo del paciente es un error inevitable dentro de ciertas circunstancias, por ejemplo, cuando se trata de campos operatorios complejos, particularmente hemorrágicos, donde las compresas embebidas de sangre y que se utilizan en gran número, debido a la urgencia y la necesidad, es posible que se confundan con los tejidos y desaparezcan en las cavidades. Solo en estas condiciones se afirma que el olvido de una compresa no puede ser considerado como una culpa, sino como un simple error.⁹⁷ Al contrario, han sido considerados como hechos constitutivos de culpa dejar una pinza dentro del cuerpo del paciente; operar el lado derecho del paciente en lugar del izquierdo; la falta de precauciones particulares del cirujano, no obstante su necesidad ante la dificultad del caso; la inyección suministrada por encima del límite de la dosis; la prescripción de un medicamento sin tener en cuenta las contraindicaciones; la ausencia de cuidados posoperatorios; no leer correctamente una radiografía siendo la lesión evidente, entre otros.⁹⁸

95 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 168.

96 *Ibid.*, p. 6.

97 Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale...*, *op. cit.*, p. 156.

98 Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 880; Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale...*, *op. cit.*, p. 149.

De acuerdo con algunos autores, se debería hacer un esfuerzo para comprender mejor la psicología y las necesidades médicas; resulta indispensable que no se abandone la culpa como condición necesaria de la responsabilidad, pues hacerlo iría en detrimento mismo de los pacientes, al sacrificarse la nobleza de la misión médica.

En lo que respecta a la posición de la jurisprudencia, es de anotar la ambigüedad en las decisiones, pues en muchos casos, tratándose del diagnóstico, se acepta la existencia de un error excusable; pero, cuando el error es cometido en el tratamiento, muchas veces es considerado como una culpa. No puede olvidarse que el médico es, antes que nada, un hombre que es necesario juzgar de esa manera y no como una máquina electrónica.⁹⁹ El médico es un hombre, y como tal, se equivoca; pero ese error no puede, por el solo hecho de ocurrir, constituir una culpa.

Igual que un automovilista prudente puede tener momentos de inatención e incluso cometer torpezas o errores, ¿no puede suceder que el médico más competente y concienzudo no note un síntoma, u olvide una prescripción, o ignore un riesgo raramente realizable? En todos los ámbitos de la actividad humana, los errores son inevitables. ¿Cómo creer que un médico muy activo pueda pasar una jornada entera sin cometer ningún error?¹⁰⁰

El error es un riesgo que le atañe a la medicina misma, que puede ser reducido en alguna medida, pero que no es eliminable debido no solo a la naturaleza insidiosa de muchas enfermedades, sino también a la falibilidad propia de la naturaleza humana. El problema se resume, entonces, en la alta posibilidad que existe de que los errores sean tratados como culpas, lo cual conlleva lamentables consecuencias desde el punto de vista social, como la dura carga dejada a un médico honesto y razonable que en algún momento, como fruto de su naturaleza humana, comete un error que termina siendo considerado como culpa.

En el ámbito mundial se ha tratado de encontrar soluciones para las dificultades acarreadas por la ocurrencia de daños accidentales fruto de errores en diversos ámbitos, como, por ejemplo, para los accidentes de trabajo y para los accidentes de la circulación, considerándose que la única manera de escapar a

99 Michel Boitard, La responsabilité médicale et son évolution récente, en Marcel Eck (coord.), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*. Fayard: 1968, p. 131.

100 André Tunc, La responsabilité civile..., *op. cit.*, p. 42.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

estas dificultades era asegurar la indemnización a través de fondos colectivos que diluyeran la pérdida, en particular a través del seguro y la seguridad social. Para el campo médico-quirúrgico, la víctima recibe una indemnización solo si prueba la culpa cometida por el médico autor del daño; sin embargo, es posible que la culpa que ella ha entendido establecer no sea más que un simple error y, no obstante ello, se declare la responsabilidad del médico. Conviene preguntarnos, entonces: ¿dicha responsabilidad no sería lamentable si el médico no estuviera protegido por un seguro?

Desde esta perspectiva, en cuanto a las dos insuficiencias del derecho común de la responsabilidad civil médica apenas esbozadas, es preciso señalar que en lo atinente a la dificultad en la prueba de la culpa, en la actualidad el legislador colombiano, a través de la última reforma llevada a cabo con la promulgación del nuevo Código General del Proceso, respecto de la cual podría estimarse que si bien resulta muy temprano hacer una valoración de su impacto en materia de responsabilidad civil médica, la consagración en su artículo 167 inciso 2 del principio de la carga dinámica de la prueba abre la posibilidad para que esta primera dificultad pueda llegar a ser superada gracias a este mecanismo, pues de ahora en adelante el juez de conocimiento en esta clase de procesos queda autorizado para que, por iniciativa propia o por solicitud de parte, pueda reasignar la carga probatoria al momento de decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, cuando considere que alguna de las partes está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho, entre otros aspectos, por su cercanía con el material probatorio, por contar en su poder con el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido de manera directa en los hechos que dieron lugar al litigio o por el estado de indefensión o incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.¹⁰¹

Por otro lado, con relación a la segunda insuficiencia indicada —es decir, en aquellos casos donde lo que se presenta no es una culpa deliberada, sino la ocurrencia de un daño producto de un error inevitable, resultado de la falibilidad humana—, sería apropiado que la responsabilidad cediera el lugar a técnicas de dilución de daños, en particular al seguro y a la seguridad social, capaces de amortiguar los efectos de la mala suerte y de los errores.

101 Ulises Canosa, Código General del Proceso. Aspectos probatorios, en XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Universidad Libre, 2012, p. 33.

Cambios notorios provocados en la responsabilidad civil por el seguro

Como se indicó, la difusión del seguro RC ha sido citada como uno de los argumentos en contra de la culpa como condición de la responsabilidad civil; sin embargo, hay quienes recalcan que la tendencia hacia la generalización del contrato RC ha ejercido una profunda influencia sobre la institución de la responsabilidad civil, no solo estimulando su desarrollo, sino también aportándole las siguientes transformaciones que en el fondo pueden tender a desfigurarla.

El seguro de responsabilidad civil como factor de extensión del campo de la responsabilidad

Como se señaló, la doctrina ha concluido de manera unánime que el seguro RC ha sido la causa esencial del desarrollo que sufrió la responsabilidad desde el periodo de la Revolución Industrial hasta la actualidad.¹⁰² En efecto, la responsabilidad debe al prodigioso desarrollo del seguro su expansión, objetivación y multiplicación de los daños reparables; sin embargo, también se ha reconocido que el progreso de la responsabilidad ha suscitado a su vez el desarrollo del seguro y la presencia del seguro lleva del mismo modo a la declaración de la responsabilidad, es decir, el binomio seguro-responsabilidad civil conforman una especie de espiral de la cual la responsabilidad no sale indemne.¹⁰³ En consecuencia, dado que el seguro RC es una consecuencia de la responsabilidad civil sin la cual no podría existir, su expansión a la vez acompaña, favorece y condiciona la expansión de la responsabilidad. De este modo, el seguro RC opera al mismo tiempo como causa y efecto del desarrollo de la responsabilidad.¹⁰⁴

El derecho positivo sobre todo de los países industrializados, donde es considerable el desarrollo del seguro de responsabilidad, ha estado avanzando hacia sistemas de responsabilidad que cada día exigen menos la demostración de la culpa como condición para su declaración. Se trata de un fenómeno de expansión y legitimación de los regímenes de responsabilidad objetiva, directamente ligado al desarrollo del seguro RC.

102 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 27.

103 Suzanne Carval, *La construction de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 306; Antonio La Torre, *Responsabilidad y seguro...*, op. cit., p. 31.

104 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 15.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

Hace varias décadas se venía hablando del declive de la responsabilidad individual, afirmándose que la era de la responsabilidad individual había terminado.¹⁰⁵ Desde esta perspectiva, como fruto del desarrollo industrial, la mayoría de los responsables no son ya personas particulares sino grandes empresas, y en una buena cantidad de casos, las víctimas están en imposibilidad de establecer la culpa personal del causante del daño. En consecuencia, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina han tentado mejorar el derecho de la reparación de los daños.

Del mismo modo, como resultado de la diversificación de los accidentes, surgió también la práctica cada día más generalizada del seguro, la que trajo consigo una conmoción del equilibrio interior del sistema tradicional de la responsabilidad civil al permitir la colectivización de los riesgos. Bajo la influencia del desarrollo del seguro, la responsabilidad civil pierde entonces, en gran parte, su carácter individual y cada vez se encuentra menos subordinada a la prueba de la culpa.

El declive de la responsabilidad individual y el progreso de la responsabilidad objetiva se convierten así en las dos principales tendencias reconocidas como las transformaciones primordiales aportadas por el seguro a la institución de la responsabilidad civil.¹⁰⁶ Por lo tanto, la modernización del derecho de la responsabilidad se ha convertido en una necesidad urgente que reclama ciertas modificaciones adaptables a las nuevas realidades, un derecho acorde con las necesidades y las posibilidades que ofrecen otros mecanismos para la reparación de los daños.

Por otra parte, existen también otros criterios que permiten afirmar que la práctica del seguro RC admite la expansión del instituto mismo. En efecto, se ha considerado que cuando la víctima tiene conocimiento de que el autor del daño está asegurado, no duda en señalarlo como responsable y perseguir judicialmente la declaración de su responsabilidad. En materia de responsabilidad médica, en concreto, se estima que la irrupción del derecho de seguros ha modificado el equilibrio de las relaciones y ha infundido una cierta desconfianza en el cuerpo médico; desconfianza de su paciente y de la justicia, cuando es demandado, por

.....
105 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*. París: Librairie général de droit et de jurisprudence, 1965.

106 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 23.

ejemplo, por defecto de información, aunque ninguna culpa técnica haya sido cometida de su parte.¹⁰⁷

Igualmente, se ha considerado que los jueces tienden a declarar la responsabilidad y ordenar la indemnización de la víctima cuando saben que el supuesto responsable se encuentra asegurado, cuando saben que quien realmente va a pagar la indemnización es una compañía aseguradora. Como la estrategia del *deep pocket* lo señala, en presencia de un seguro, los jueces tienden a ser más severos con el responsable autor del daño.¹⁰⁸ En estos casos, la presencia del seguro se convierte en la causa de la condena.¹⁰⁹ La responsabilidad, entonces, no es más que la consecuencia que es necesario hallar a cualquier precio, la condena no hace más que permitir la ejecución de la garantía en provecho de la víctima.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la generalización del seguro RC contribuye al aumento considerable de la litigación en responsabilidad, al aumento de las condenas a los médicos, e igualmente podría participar en acreditar en la opinión general la idea que todo daño que se cause a otra persona requiere una indemnización.

Sin duda, el seguro RC ha sido la causa esencial del desarrollo que ha alcanzado la responsabilidad civil hasta el momento; sin embargo, para el caso específico de Colombia, como tendrá ocasión de revisarse más adelante, esta afirmación debe ser considerada con reserva. En efecto, en el único caso que en el marco de la responsabilidad médica se ha considerado aplicar el régimen objetivo de responsabilidad —esto es, en el marco de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de infecciones nosocomiales—, la situación es preocupante en la medida en que al no contar con un sistema de aseguramiento obligatorio de la responsabilidad y menos con un sistema de solidaridad social que se haga cargo de esta clase de daños, las compañías aseguradoras no cubren este ramo;

107 Françoise Alt-Maes, Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002, en *Gazette du palais*, 2003, p. 3646.

108 René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, II. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 326; José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2002, p. 616; Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 73; Luca Nocco, Lezioni dall'Europa (L'esperienza francese), en Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti (coords.), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 133; Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*. Bogotá: Legis, 2004, p. 42.

109 Françoise Chabas, L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile, en *Risques*, n.º 14, p. 85.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

en consecuencia, son las instituciones de salud las que hacen frente al pago de estas condenas, con todo los efectos negativos que esto trae consigo.¹¹⁰

La decadencia de la culpa en el marco del sistema de reparación colectiva

Hacia 1960 en Francia se analizó una de las inquietudes fundamentales relacionadas con la influencia que podían ejercer las técnicas de reparación colectiva del daño sobre cada uno de los elementos de la responsabilidad individual, es decir, si era posible o no que coexistieran la responsabilidad individual y los regímenes de reparación colectiva.¹¹¹ Este interrogante motivó revisar si en verdad la responsabilidad individual empezaba a sufrir un declive en razón a la presencia de estos mecanismos, pues antes de que los procesos modernos de socialización de los riesgos alcanzaran su desarrollo, la responsabilidad civil se había constituido como la llave maestra del sistema legal de indemnización de los daños. Su utilidad era evidente y nadie lo ponía en duda; por lo tanto, cuando esos nuevos métodos se desarrollaron, la responsabilidad civil perdió el monopolio de la indemnización.¹¹²

Según el sistema tradicional, la culpa, probada o presunta, era normalmente el criterio de *la reparación* de un daño causado; sin embargo, desde finales del siglo XIX, debido a la aparición y el rápido desarrollo de técnicas de socialización de riesgos¹¹³, la reparación del daño se alejó del campo de la culpa y, en consecuencia, la responsabilidad civil abandonó el monopolio de la reparación. Este abandono de la exclusividad de la responsabilidad civil, la desaparición de su posición preeminente, fue leída como una señal de su declive, en la medida en que otros métodos de reparación aparecieron como equivalentes o incluso superiores al propio instituto de la responsabilidad.

La facultad de recurrir a estos métodos de indemnización colectiva provocó entonces lo que se ha denominado como el declive de la culpa como condición de la reparación del daño. En efecto, una de las funciones fundamentales de la

110 Mónica Fernández, Las infecciones nosocomiales como un nuevo evento de responsabilidad objetiva en el sistema colombiano. Reflexión sobre su fundamento a partir de la experiencia francesa, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, 2016, p. 849.

111 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit.

112 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 57.

113 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit.

responsabilidad civil es la indemnización de la víctima; sin embargo, en este ámbito se han reconocido fragilidades, y la principal se relaciona con el hecho de que muchos daños no son indemnizados por la responsabilidad civil.

Por otra parte, se ha considerado que el lugar que ocupa la responsabilidad civil en la compensación de los daños es muy débil si se compara con el de otras instituciones como la seguridad social y el seguro, pues si lo que se busca con la indemnización es colocar a la víctima, en la medida de lo posible, en la misma situación en que se hubiera encontrado de no haber ocurrido el hecho dañoso, considerando la dificultad de que el estado anterior pueda ser restaurado, la indemnización comporta solo una cierta compensación del daño. En muchos casos, por ejemplo, se puede incluso dudar de la posibilidad de acordar una indemnización aun si se refiere a una compensación; tal es el caso del daño moral, pues mucho se ha dicho sobre la circunstancia que el sufrimiento por la pérdida de un ser querido no tiene equivalente monetario. Incluso la pérdida de los placeres de la vida no posee un valor financiero real. De esta manera, varios autores han resaltado lo inadecuado de esta compensación, arguyendo que tampoco realiza siquiera un estudio sobre la sicología y la personalidad de la víctima, ni menos adapta el monto a su situación financiera.¹¹⁴

Conforme a este denominado declive de la culpa como condición de la reparación del daño, mientras que en el derecho común la culpa es una condición indiscutible del éxito de la acción de responsabilidad civil individual, en un sistema de responsabilidad colectiva ocurre lo contrario, es decir, el concepto de culpa civil individual es desterrada de las condiciones requeridas para el éxito de la indemnización. En efecto, ¿cómo podría aplicarse a una entidad colectiva la noción moral y psicológica de culpa? Se corrobora de este modo la inevitable influencia que la aparición de mecanismos de reparación colectiva produce sobre el contenido de la culpa civil.

La culpa, dentro de un sistema de responsabilidad individual, comporta una doble función que a su vez responde al doble objetivo de esta institución: reparación y prevención. Como condición de la *reparación* de los daños, es la culpa la que designa el titular del patrimonio deudor. Conforme a esta función puramente técnica, la culpa es un criterio adecuado mientras que sea el mismo culpable

114 André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 143.

•La expansión del seguro de responsabilidad civil y su efecto en la responsabilidad médica.

quien pague. Al contrario, cuando la deuda es desplazada sobre una colectividad, se requeriría de otro criterio desprovisto de esta huella moral individualista. Pero la culpa cumple igualmente, dentro del sistema de responsabilidad individual, una segunda función, ligada al aspecto *preventivo* de dicha institución. La culpa es útil como fundamento de la acción de responsabilidad cuando cumple un objetivo de prevención; sin embargo, mientras que esta función se cumple cuando el patrimonio del autor de la culpa es el que soporta las consecuencias de ella, no sucede lo mismo cuando la carga de los daños pesa sobre un organismo colectivo.

En este orden de ideas, puede corroborarse la utilidad de la culpa cuando la reparación del daño corre a cargo del patrimonio individual del responsable. La culpa adquiere una utilidad propia respecto a la función reparadora de la responsabilidad civil, al señalar a la víctima el patrimonio contra el cual puede hacer efectivo su crédito de indemnización. Para que haya derecho a la reparación, la culpa debe haber sido la causa del daño.

Ahora bien, la sustitución de la responsabilidad individual por un sistema de indemnización colectiva pone en duda el papel de la culpa en esta materia. Algunas técnicas de reparación colectiva han suprimido totalmente la búsqueda del titular del patrimonio del deudor, ofreciendo una cobertura automática a través del organismo colectivo. Este es el caso, por ejemplo, del sistema de seguridad social, donde la culpa se aparta de la función de indemnización y se confina en la función represiva representada en el recurso que la colectividad tiene contra el autor individual del perjuicio. Por el contrario, otras técnicas de reparación colectiva, como el seguro de responsabilidad, tienen lugar a condición de que la responsabilidad del individuo asegurado sea establecida, es decir, necesitan para su ejercicio una designación del deudor de la reparación.

No obstante lo anterior, algunos autores consideran que en aquellas materias donde el recurso a los sistemas de reparación colectiva se ha hecho cada vez más extensivo, como el seguro RC, la culpa debería ceder su lugar, en lo tocante a la función de designación del deudor de reparación, a una criterio a través del cual dicha identificación pudiera lograrse antes de la realización del daño y de acuerdo con la obligación, la facultad o, al menos, la posibilidad de que el deudor tuviera de asegurarse a través de un organismo de indemnización colectiva.

En otras palabras, dado que dentro del marco del seguro RC la repercusión pecuniaria de la condena recae sobre el asegurador, la exigencia de una culpa en

cabeza del responsable parece perder su justificación. Por lo tanto, a partir del momento en que la responsabilidad se convierte en un simple soporte del seguro, se estima que no hay razón para preguntarse si el daño causado es debido o no a la culpa personal del asegurado.¹¹⁵ En este caso, la predeterminación del deudor conforme su aptitud para prever y cubrir el daño se sustituiría a la designación del deudor de acuerdo con la culpa cometida en la producción del daño.

El principal argumento de esta propuesta lo constituye la insuficiencia de un sistema de indemnización restringido solamente a los daños que provienen de una culpa probada, dado que, por diversas situaciones y en muchos eventos, esta prueba se vuelve difícil de aportar. Esta circunstancia favorecería la extensión del campo de la indemnización más allá de la culpa, lo cual, se insiste, solo se podría realizar en coordinación con el desarrollo de mecanismos de garantía colectiva. En efecto, si las condiciones de la civilización moderna contribuyen a liberar la indemnización de la condición de la culpa probada, esto es posible únicamente gracias al desarrollo de las técnicas de indemnización colectiva, las cuales permiten no solo una indemnización a través de un patrimonio ordinariamente solvente, sino también una reparación de las consecuencias de los daños cuya causa permanece desconocida o cuyo origen se encuentra en una actividad no culposa.

Así pues, se logra corroborar cómo la facultad de recurrir al seguro u otros métodos de garantía colectiva, dotados de eficacia superior, provoca el declive de la culpa como condición de la reparación del daño; sin embargo, es preciso considerar que esa condena de la responsabilidad individual, sobre el plano indemnizatorio, no es posible trasladarla al ámbito de la prevención. En efecto, en lo concerniente a la función de prevención se confirma el mantenimiento de la culpa, dado que la responsabilidad individual en este ámbito resulta irremplazable y prioritaria.

Finalmente, es preciso constatar cómo este declive de la responsabilidad individual recibe la reprobación de la doctrina tradicional, por instinto enemiga de cualquier atentado que pueda hacerse a una institución considerada como uno de los fundamentos esenciales de la civilización occidental; pero, al mismo tiempo, recibe el aplauso de aquellos que ven con buenos ojos el desarrollo de las instituciones de reparación colectiva, dada la ventaja que trae para la víctima y el menor agobio para el autor del daño.

115 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit., p. 217; André Tunc, *La responsabilité civile...*, op. cit., p. 146.