

Los daños médicos en el sistema de salud peruano: ¿Un problema solo de la responsabilidad civil?

Olenka Woolcott Oyague

CONSIDERACIONES GENERALES Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA DE LOS DAÑOS MÉDICOS EN LA REALIDAD PERUANA

Valga esta oportunidad tan especial para plasmar, en el presente artículo, algunas reflexiones sobre un tema de permanente actualidad, como la *generación de daños en ocasión de los servicios médicos*, las que pretenden constituirse en una puerta de ingreso a un territorio tan vasto como complicado por las condiciones de la propia realidad.

En efecto, basta una ligera mirada a la difusión periodística¹ para recordar la situación crítica en que se halla el sistema de salud peruano, y ello si aceptamos que existe un “sistema” de salud; pues, no sin razón, un buen sector del ámbito médico llega incluso a sostener que la situación es tan caótica que puede afirmarse que hoy día no existe en el Perú un sistema de salud.

En nuestro país, la situación de la salud ha sido objeto de revisión en diversos foros. Precisamente, el diario *El Comercio* organizó, a finales del 2005, una mesa redonda y foro universitario, el que derivara en el título periodístico: “Crudo diagnóstico de la salud en busca de propuestas sólidas”.² Consideramos de imperiosa necesidad recordar las valiosas conclusiones de dicho foro: primera, el aumento del presupuesto estatal no garantizaría una solución a los problemas del sector, pues, si bien los recursos representan menos del cinco por ciento del presupuesto nacional, también es claro que otros países tienen mejores resultados con recursos incluso menores.

1 “Médicos en carrera contra la muerte” (*El Comercio*, 18 de setiembre del 2005); “Muchos y caóticos servicios tienen la salud en cama” (*El Comercio*, 6 de noviembre del 2005); “Más enfermos menos presupuesto” (*El Comercio*, 6 de noviembre del 2005).

2 *El Comercio*, 15 de noviembre del 2005, p. 34.

La segunda conclusión plantea que existe hoy un gran desperdicio de recursos y es necesario anular las infraestructuras paralelas de salud (Essalud, Minsa, FFAA y PNP), integrándolas en un *fondo único con un seguro universal*. En efecto, se trata también de una recomendación del último informe de la Organización Mundial de la Salud.

Es evidente la fragmentación del modelo público peruano en pequeños sistemas de prestación de servicios médicos, realizada en los últimos tiempos, resultado de decisiones de mera coyuntura, como la creación de los tantas veces divulgados “hospitales de la solidaridad” o los centros de atención médica popular, producto de tiempos electorales, y quién sabe qué otros centros médicos se estén proyectando por mentes irresponsables, frente a la imperiosa necesidad de atención de salud de la población.

Lo lamentable de esta creación indiscriminada de centros de salud, motivada por fines diversos, que distan de una adecuada prestación dentro de un sistema coherente, es que no pertenecen a la estructura articulada del Estado y por ende quedan fuera de la red de control que pudiera ejercer el Ministerio de Salud; y no solo ello, sino que ante indiscutibles deficiencias de la atención, no se conectan al sector al que pertenecen, para los fines de la correspondiente responsabilidad.

¿Quiénes asumen entonces la responsabilidad por los daños y deficiencias del sistema fragmentado? La situación existente es desoladora. A todo ello se suma el sistema de aseguramiento que cada subsistema ha creado: Essalud, que da cobertura a los trabajadores del sector formal y sus dependientes; Minsa, el Seguro Integral de Salud (SIS), atiende a la población más necesitada y que no cuenta con seguro social; Sanidad de las Fuerzas Armadas (FFAA) y de la Policía Nacional del Perú (PNP), que atienden a sus trabajadores y familiares directos; además funciona el subsector privado, que concentra a menos del cuatro por ciento de la población total, cifra por demás delatadora de que el sistema de salud pública merece urgente atención. Sobre todo la desarticulación del sector público de salud, que ha generado duplicación y dispersión en el uso de los recursos y servicios en todo el país. Finalmente, se agrega la alarmante cuota del 25 por ciento de la población que no tiene acceso a ningún subsistema de salud.

Las conclusiones tercera y cuarta del foro en referencia se vinculan con los médicos y los medicamentos.³ Se debe hacer más riguroso el

3 Véase “Sin política de medicamentos se sigue jugando con la salud”. *El Comercio*, 12 de noviembre del 2005. Se destaca que además de tratarse de fármacos caros, gran parte de

registro de las medicinas que ingresan al país y realizar una auditoría sobre los costos. Asimismo, es necesario enriquecer la formación médica y terminar con el centralismo, que concentra al 60 por ciento de los galenos en la capital.

La última conclusión es realista pero desalentadora, pues conmina al Estado a reducir la pobreza en el país, pues de lo contrario toda solución sería insuficiente. Actualmente más del 50 por ciento de la población peruana se encuentra en situación de pobreza, factor que determina que en el Perú miles mueran por enfermedades que en otros países ya han sido erradicadas.

En este escenario tan crítico de la salud en el país, que no refleja sino las “malas condiciones”⁴ en que tienen lugar las prestaciones, destaca probablemente la consecuencia más impactante; porque, por lo general la situación se torna en irreversible e irreparable para la víctima, nos referimos a los daños que sufren los pacientes como consecuencia de haberse sometido a una prestación médica, los que se insertan –como natural corolario– en este crítico contexto, respecto de los cuales muy poco o –podríamos atrevernos a afirmar– nada se ha hecho para evitar que se sigan produciendo. Esta es, pues, la realidad que hemos constatado directamente en investigaciones de años precedentes,⁵ realizadas en un establecimiento perteneciente al Ministerio de Salud.

Sin perjuicio de una vinculación general con todos los puntos conclusivos del citado foro, el problema de los daños médicos se conecta directa y especialmente con las conclusiones tercera y cuarta antes citadas. Cabe hacer una reformulación de la referencia a los médicos hecha en esa ocasión, pues es importante recalcar que el problema de las condiciones de salud no comprende solo a los médicos individualmente considerados sino también, y sobre todo, a las estructuras sanitarias en que se efectúan las prestaciones, vale decir, todo establecimiento de salud, para seguir el *nomen* de referencia en la Ley General de Salud 26842.

ellos se vende sin garantías. Ello fue objeto de debate en la mesa redonda y foro universitario convocado por el mismo diario el 10 de noviembre del 2005, en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

4 Véase “Galenos laboran en malas condiciones en hospitales”. *El Comercio*, 7 de enero del 2006.

5 WOOLCOTT, Olenka. “La Introducción de un seguro médico obligatorio en el Perú” (2004) y “La seguridad de los pacientes y la negligencia médica” (2005); ambos trabajos presentados al Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

Consideramos, además, particularmente interesante que en una importante conferencia nacional realizada en Lima en el 2004,⁶ sobre el derecho a la salud, se haya puesto en evidencia que los problemas que aquejan la salud en el Perú, como la enfermedad y la muerte, “no son el fruto de decisiones individuales sino de regularidades sociales”, lo que implica reinterpretar los factores de riesgo no solo como peligros contingentes y probables sino, más bien, como expresiones de procesos condicionantes, más permanentes.⁷ Lo cual significa que el problema de los daños médicos no son únicamente el resultado de intervenciones individuales, sino que son producto de una serie de causas que se desarrollan no solo en los establecimientos de salud, sino en la propia sociedad.

Así, la pobreza de la población es un condicionante de los hábitos de los ciudadanos frente a la salud, desinteresándose de ella hasta el momento en que la enfermedad deviene en crónica o verdaderamente grave, situación que multiplicada por el número de habitantes que son atendidos en un establecimiento de salud determinado satura la capacidad de atención de este, sobrepasando el límite aceptable de pacientes por médico y estructura sanitaria.

Como bien se destacó en la mencionada conferencia de salud:

... se ha generado en nuestro país *un patrón de enfermedad y muerte tolerante con el descuido del cuerpo y la salud*, que integra lo siguiente:

- Un alto riesgo al nacer.
- Una infancia y adolescencia difíciles y en las cuales la persona no se desarrolla plenamente.
- El sobredestraste de la vida adulta.
- Una esperanza de vida menor que la de países similares.
- Una tercera edad en su mayor parte no productiva.
- Una baja calidad de la muerte.⁸ (Las cursivas son nuestras)

Toda la estadística epidemiológica se resume en este ciclo de baja calidad de vida y de muerte. Y todo ello representa una inmensa *carga social* que aparece ante la sociedad como fruto de *descuidos personales, de agentes inevitables y de procesos naturales*, donde las responsabilidades por los eventos adversos terminan siendo compartidas por el

6 Forosalud. “Hacia una reforma sanitaria por el derecho a la salud”. Lima, 2005, p. 35 y ss.

7 *Ibíd.*, p. 38.

8 *Ibíd.*

Estado, los prestadores de salud y por el propio paciente, este último agrega elementos condicionantes de un empeoramiento de su salud.

Así, cuando se trata de hacer frente al problema de salud solo desde la perspectiva de clasificación u orden, sobre la base de las patologías, resulta que por atomizarse en ellas toda esa carga social que se ha enunciado, terminan por convertirse en invisibles sus raíces socio-sanitarias. Para evitar esa atomización es que *el Estado debe orientar su mirada hacia un enfoque sistémico, y determinar así una posible respuesta frente a los daños que sufren los pacientes.*

Nuestra pretensión no es tan ambiciosa como para tratar de avocarnos al problema de las políticas que se deben seguir en materia de salud, cuyo tratamiento merecería una sede especial y trascendente que rebasaría los límites del presente artículo, en cambio nos detendremos a delinear, a grandes rasgos, las posibles respuestas al problema de los daños médicos, a la luz de una visión comparada del derecho privado y del caso peruano.

LA SEGURIDAD DEL PACIENTE Y LA RESPUESTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como bien se puede apreciar de las publicaciones periodísticas, se destacan constantemente los diferentes daños que padecen pacientes que se han sometido a algún tipo de tratamiento médico, suscitando indiscutiblemente el rechazo de dichos actos y simultáneamente dudas acerca de si tales daños han sido atribuibles al acto propio del médico, a su incapacidad, o más bien a las deficiencias del establecimiento de salud.

Se trata de dos flancos respecto de los cuales puede obtenerse la reparación del daño, haciendo que opere la institución de la responsabilidad civil. Es en este punto, justamente, que los debates continúan incessantes, lográndose en algunas experiencias jurídicas resultados legislativos o jurisprudenciales interesantes y hasta proponiéndose en algunos casos el recurso a la aseguración privada o social.

Tradicionalmente, la respuesta del derecho ante la generación de daños con ocasión de las prestaciones de salud ha sido la reparación de estos a través de la puesta en marcha de la responsabilidad civil. Desde las últimas décadas del siglo XX, el derecho europeo de la responsabilidad médica ha demostrado una tendencia *in crescendo* hacia la severidad en la evaluación de la conducta médica, con el fin de poder establecer la negligencia y consiguiente responsabilidad del médico, elevando en muchos casos el parámetro de comparación de la conducta del médico razonable.

Ciertamente, cabe resaltar que esta tendencia ha crecido a la par del desarrollo de la ciencia y tecnología en la actividad médica, como, paralelamente, por la mayor complejidad con que se ejecutan las prestaciones de salud, donde no solo está la consideración que tienen los médicos que tratan directamente al paciente, sino todo el establecimiento de salud, con el personal y maquinaria existente. Todo esto nos conduce a afirmar que la medicina tiene hoy una trascendencia social sin precedentes, de la que deriva una íntima relación con el derecho, a través del cual es viable la tutela de la salud como patrimonio de la sociedad y, por ende, derecho fundamental. De allí el particular interés del derecho por las cuestiones médicas.

Esa mayor complejidad del contexto en que se ejecutan las prestaciones de salud ha llevado a preferir la expresión “responsabilidad sanitaria”,⁹ que involucra a todos los elementos y demás factores que conciernen a dicha ejecución dentro del vasto ámbito del establecimiento de salud, en lugar de una llamada “responsabilidad médica”, que resulta siendo de ámbito menos amplio. En efecto, ese ámbito más amplio es el que hoy viene a ocupar una parte considerable de las reflexiones de la doctrina y que bien “puede representar un amplio capítulo de las modernas fronteras de la responsabilidad civil”.¹⁰

Como bien destaca Comandé, ya se vislumbraba en la doctrina que la expresión “responsabilidad médica” trataba de comprender la complejidad del servicio de salud, teniendo en cuenta al personal en general cuando el trabajo es en equipo; sin embargo, se ha venido observando que la expresión “responsabilidad sanitaria” llega a comprender todo lo complejo del problema, sobre todo con respecto a la diversidad de los centros potenciales de imputación de la responsabilidad y de control de los riesgos para la salud en la fase de prevención del daño.

No se trata de una simple precisión terminológica, sino más bien de un esfuerzo por traducir lingüísticamente una realidad cada vez más compleja y extensa, que tiene lugar en el sistema de las prestaciones de salud. Pues hoy no se puede desconocer que aparte de las conductas negligentes de ciertos médicos, existe una vasta área de “eventos adversos”, no imputables precisamente al personal médico pero sí al establecimiento de salud, eventos por los cuales pierden la vida muchos pa-

9 COMANDÉ, Giovanni y Giuseppe TURCHETTI (al cuidado de). *La responsabilità sanitaria*. Padua: Cedam, 2004.

10 *Ibidem*, p. 8.

cientes, o quedan seriamente lesionados, como producto de las complicaciones que padecen por causa de agentes externos a la propia situación del paciente o del médico que lo atendió directamente.

Esto quiere decir que es necesario reconocer que muchos “eventos adversos”, y tal vez la mayor parte de ellos, hallan su fuente no siempre en la conducta negligente del médico, sino en causas a veces desconocidas, pero que tienen relación –directa o indirectamente– con el establecimiento de salud, y se podría decir, en última instancia, con el sistema de salud concebido de una u otra manera en un determinado Estado.

Al ser este el panorama real de los daños médicos, cabe preguntarse si se debe insistir en que la única y excluyente respuesta al problema siga siendo la determinación de la negligencia médica para los fines de la reparación del daño al paciente, dejando de lado cualquier otra fuente del daño. Ante ello nos toca asumir una posición, a la luz de lo que viene difundándose en las publicaciones periodísticas, de los datos reflejados por los foros que han tenido a la salud en la mesa del debate, y, especialmente, a la luz de lo que hemos podido constatar *in situ* a través de nuestras investigaciones en un establecimiento de salud local.¹¹

En definitiva, la atención del paciente no está solo en manos del médico, individualmente considerado, que asumió la ejecución de la prestación de salud, sino de la completa estructura de salud. Consiguientemente, las soluciones a los problemas de daños médicos deben ser individuadas dentro de una “responsabilidad sanitaria”, más que de una responsabilidad individual del médico. Se trata de mirar a través del sistema de salud existente en un país determinado para poder idear las posibles soluciones al problema de los daños médicos, y por supuesto, teniendo en cuenta las tendencias modernas de la responsabilidad civil en otras experiencias, así como verificando en ellas la posible ubicación del recurso del seguro.

Una respuesta de sistema requiere que, frente a los daños médicos que son la lesión a la integridad física del paciente, se atienda tanto el momento *ex post* como *ex ante* de la producción del daño. Ello nos lleva a considerar otras fuentes de daños distintas a la conducta de un médico en particular.

11 Véase WOOLCOTT, Olenka. “La introducción de un seguro médico obligatorio en el Perú” (2004) y “La seguridad de los pacientes y la negligencia médica” (2005). Op. cit.

En esta perspectiva más amplia se entiende la noción de los “eventos adversos”, que ha venido siendo acuñada por el sector médico en diversos estudios, y que comprende todas las maneras de producción de daños en ocasión de la actividad médica.¹² El tratamiento de estos permite conocer sus fuentes generadoras a la luz de una transparencia en la información que se exige a los propios operadores de la salud.

Es de observar que el tema no se circunscribe única y exclusivamente a la fuente negligente del daño, sino que gran parte de los daños que se producen en la práctica médica hallan su causa en problemas del sistema de la estructura de salud y no precisamente en el individuo que prestó directamente el servicio.¹³ En este sentido, existen numerosos estudios científicos, realizados en prestigiosos centros de investigación norteamericanos y europeos, que tratan de encontrar soluciones al elevado nivel de “eventos adversos” que se producen en los establecimientos de salud. Y, ciertamente, en este contexto, la solución involucra a todos los actores de la salud: los médicos, los propios pacientes y las estructuras de salud, donde finalmente se comprende al Estado.

En fin, la perspectiva de la “seguridad de los pacientes” implica la consideración de todos los “eventos adversos”¹⁴ y no solo de aquellos producidos por un acto de negligencia médica. En este punto podemos afirmar que la institución de la responsabilidad civil bien podrá ofrecer una adecuada respuesta a los *casos de negligencia*, no pudiendo aseverar lo mismo con respecto a aquellos daños que se producen sin culpa, pues cargar una *responsabilidad objetiva* en el médico como tal puede llegar a tener efectos contraproducentes en el sistema de tutela de las víctimas, con el riesgo probable de dar lugar a una medicina defensiva, como es la que se ha producido en la experiencia estadounidense —aunque manteniéndose en la responsabilidad por culpa y de características muy particulares— al haberse introducido el mecanismo del seguro de responsabilidad civil.¹⁵

12 WOOLCOTT, Olenka. “La seguridad de los pacientes y la negligencia médica”. Op. cit., p. 3 y ss.

13 Ello ha sido revelado, entre otros, por el Instituto de Medicina de Estados Unidos: *Report of the Quality Interagency Coordination Task Force (QuIC) to the President, “To Err is Human: Building a Safer Health System”*, febrero del 2000 [en línea]. <http://www.quic.gov/report/toc.htm>.

14 Sobre la noción de “eventos adversos”, véase WOOLCOTT, Olenka. “La seguridad de los pacientes...”. Op. cit., p. 40 y ss.

15 Véase WOOLCOTT, Olenka. “La seguridad de los pacientes ...”. Op. cit., p. 10 y ss.

Como corolario podemos decir que si se trata de hacer frente a todos los “eventos adversos”, la respuesta de la sola responsabilidad civil es insuficiente para atender las expectativas de las víctimas de daños médicos.

De este modo se han esbozado dos perspectivas frente al problema de la salud y, concretamente, a los llamados daños médicos, y entre las cuales existe profunda tensión: de un lado el *sistema de la mala práctica médica*; de otro lado el área de los objetivos e iniciativas del *movimiento por la seguridad del paciente*.

Se trata, en realidad, de un *conflicto cultural* entre la perspectiva punitiva, individualista y adversaria del derecho de la responsabilidad civil y los sistemas no punitivos, estrategias de cooperación promovidas por el movimiento de la seguridad del paciente. Ambas posiciones tienen interés en mejorar la situación del paciente frente a los posibles y hasta inevitables daños que emanan de la actividad médica, pero la diferencia se halla en el radio de acción de cada una, pues mientras que para la primera de las mencionadas *se espera la producción efectiva del daño* a fin de poner en marcha el aparato de la responsabilidad civil, para la otra perspectiva es necesario implementar una serie de medidas *para evitar que se produzcan los daños*, y en el caso de que estos tengan lugar, actuar aun cuando no exista un criterio específico de imputación de responsabilidad, sea la culpa o un criterio objetivo, porque de lo que se trata es de atender la situación deteriorada del paciente, pudiendo en todo caso recurrir a un sistema de fondos indemnizatorios o seguridad social.

En esta perspectiva de seguridad del paciente encontramos unas palabras claves: *la transparencia en la relación médico-paciente*, construida a partir de la información sobre todo lo que concierne a la actuación médica, incluyendo los errores que se puedan cometer, pero de los cuales es necesario aprender, y para poder identificarlos se debe crear un ambiente idóneo que dé cierta apertura para el tratamiento de los errores médicos. Se trata de un planteamiento¹⁶ sobre el cual ya se está trabajando en los propios establecimientos de salud, sobre la base de diversas experiencias, ante los escasísimos resultados en términos de “seguridad del paciente” logrados por vía de la aplicación de un mecanismo tan limitado como es la responsabilidad civil frente al más vasto problema de los daños médicos.

16 En este sentido: KOHN, L. T.; CORRIGAN, J. M. y M. S. DONALDSON (eds.). *To err is human: building a safer health system*. Washington, DC.: National Academy Press, 2000.

TENDENCIAS DEL DERECHO EUROPEO RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Los comparatistas¹⁷ han individualizado en el ámbito europeo dos modelos conceptuales sobre la responsabilidad civil del médico. Un primer modelo es el que se desprende de la experiencia francesa y se caracteriza por resaltar la naturaleza contractual de la responsabilidad médica. El otro modelo está dado por aquellos ordenamientos que le atribuyen al supuesto de responsabilidad médica naturaleza extracontractual. Entre estos se considera las experiencias italiana y alemana, así como el *common law* inglés.¹⁸

En Francia fue la sentencia dada en el “caso Mercier”, expedida en la década de 1930, la que marcó un hito en la evolución histórica de la responsabilidad médica, dado que hasta entonces se venía aplicando con regularidad el régimen de la responsabilidad extracontractual. Los hechos fueron los siguientes: los esposos Mercier intentaron una acción por daños y perjuicios contra el doctor Nicolas para que repare el daño causado a la señora Mercier por un tratamiento de rayos X, el que fuera practicado sin haberse tomado las precauciones indispensables para evitar el peligro. La sentencia de casación,¹⁹ que se pronuncia por una responsabilidad contractual del médico, acogiendo a su vez la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, precisaba lo siguiente:

Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat important pour le praticien l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science.

Son tres las consecuencias que se desprenden de la sentencia referida: se forma entre el paciente y su médico un verdadero contrato que conlleva una responsabilidad contractual con exclusión de la responsa-

17 SOMMA, Alessandro. “Il diritto europeo della responsabilità medica tra schemi contrattuali ed extracontrattuali”. *Temî e problemi di diritto comparato IV. Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*. Turín: G. Giappichelli, 2003, p. 149 y ss.

18 MONATERI, V. P. G. “La responsabilità civile”, en SACCO, R. (dir.). *Trattato di diritto civile*. Turín: UTET, 1998; JONES, Michael A. *Medical Negligence*. Sweet & Maxwell, 1991.

19 “Casac. 1ª Civ., 20 de mayo de 1936, Dr. Nicolas c/époux Mercier”, en CAPITANT, WEILL, TERRÉ, LEQUETTE. *Les grandes arrêts de la jurisprudence civile*. 8.ª edición. París: Dalloz, 1984, p. 342 y ss.

bilidad extracontractual. Este contrato precisa que el médico debe brindar a su cliente los cuidados conscientes y atentos y, salvo las circunstancias excepcionales, conformes a los aportes de la ciencia. Finalmente, el médico asume obligaciones de medios.²⁰

Una noción importante que introduce la citada sentencia es la de los aportes adquiridos de la ciencia, que quiere significar el estado del arte o ciencia existente al momento en que el médico practica un tratamiento, una investigación, una operación, etcétera, sobre el paciente. Cuando se habla del “estado del arte” se hace referencia a las reglas consagradas por la práctica médica, los comportamientos conforme a los usos o los conocimientos actuales a los fines del diagnóstico.²¹

Cabe señalar que este modelo francés muy raras veces acepta excepciones al principio de la no acumulación del régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Y en realidad, las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad no son fundamentales, siendo así que se refieren más que todo al plazo de prescripción de la acción y no tanto a la carga de la prueba del nexo de causalidad.²²

En realidad, la diferencia que se presenta entre el modelo francés y el conformado por los otros ordenamientos europeos reside en el aspecto técnico. Este modelo, que destaca más bien la naturaleza extracontractual de la responsabilidad médica, se basa en las particulares características de la organización sanitaria, en las cuales no se individualiza una relación contractual entre médico y paciente, en tanto que esta se instaura más bien con el establecimiento médico, y del hecho de que en estos ordenamientos, que conforman el otro modelo en referencia, el derecho de los contratos no garantiza el resarcimiento del daño moral.²³

Sin embargo, se puede afirmar que desde fines de la década de 1970 se observa una tendencia al reconocimiento de la responsabilidad contractual médica. En realidad, la responsabilidad médica se presenta, desde una perspectiva del examen jurisprudencial, como un sector de la responsabilidad profesional en que los límites entre lo contractual y lo extracontractual se difuminan, dando lugar a un área en que conflu-

20 CASTELLETTA, Angelo. *Responsabilité médicale. Droit des malades*. París: Dalloz, 2002.

21 HARICHAUX, M. “L’obligation du médecin de respecter les données de la science”, *JCP* 47, 1987, p. 3306.

22 CARBONNIER, J. *Droit civil. Tomo 4. Les Obligations*. 20.ª edición. París, 1996, p. 474 y ss.

23 COOKE V. J. y D. OUGHTON. *Common Law of Obligations*. 2.ª edición. Londres, Dublín y Edimburgo, 1993, p. 453 y ss.

yen caracteres de ambas responsabilidades²⁴ y donde destaca –sea que se hable de una responsabilidad contractual o extracontractual– la existencia de un daño a la persona así como la violación de un derecho constitucionalmente protegido, como es el derecho a la salud, siendo que en los casos de incumplimiento obligacional la inexacta realización del interés creditorio se hace coincidir con la lesión del derecho a la salud.

En efecto, en la relación contractual entre médico y paciente se tiene, por un lado, el interés del acreedor –paciente– a una correcta ejecución de la prestación –interés positivo al cumplimiento de la prestación– y, por otro, el interés del paciente a la conservación de la esfera personal donde se incluye su integridad –interés negativo de protección–, intereses que se enlazan de manera tal que terminan identificándose en la tutela del interés creditorio al cumplimiento exacto de la obligación. Y como la tutela del interés de protección determina que la responsabilidad contractual se oriente a asumir la función compensadora, lo que es distintivo en la responsabilidad extracontractual, ello se refleja en el incumplimiento mismo que asume en su estructura la trascendencia del ilícito aquiliano.

Otro aspecto del supuesto de responsabilidad contractual médica, que revela su proximidad al supuesto extracontractual, está referido a la consideración de la culpa por parte de la jurisprudencia italiana como criterio de imputación de la responsabilidad contractual, como es considerado en la responsabilidad aquiliana. En esta línea se ha afirmado que a través de la aceptación de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado, se llega a asimilar, bajo el perfil probatorio, el incumplimiento contractual al ilícito aquiliano, en tanto que corresponde al paciente –acreedor– probar la culpa del médico, lo que en el lenguaje de los jueces equivale a decir que “incumbe al cliente la carga de probar la defectuosa e inadecuada prestación profesional, la existencia del daño y la relación de causalidad entre la defectuosa o inadecuada prestación profesional y el daño”.²⁵

Los países de matriz romano-germánica se inclinan por afianzar la responsabilidad médica en la fuente contractual, a diferencia de los sistemas de *common law*, cuya tendencia es colocar la materia en el área de los *torts*.

24 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*. Milán: Cedam, 1995, p. 1 y ss.

25 Véase, en este sentido, DE MATTEIS, Raffaella. Op. cit., p. 2.

Tan sólida es la opción por la fuente contractual que en Italia ha sido aplicada jurisprudencialmente aun en hipótesis en que no existe una relación contractual entre médico y paciente –el caso del médico dependiente en un establecimiento de salud–, y sin embargo se ha sostenido que existe una responsabilidad contractual, no por la violación de la *lex contractus*, porque no se da en el caso, sino por incumplimiento de un deber jurídico de protección de la esfera jurídica del sujeto que, confiado en la profesionalidad del médico, con ello ha instaurado un “contacto social”,²⁶ es decir, una relación social de la que surge la confianza del paciente en el *status* profesional del médico y de la que emanan deberes autónomos de protección, aun sin la existencia de una relación de prestación.²⁷

Esta tesis del contacto social y del nacimiento de un deber de protección va a determinar que la afirmada naturaleza contractual de la responsabilidad médica asuma una función preponderantemente de compensación del daño, lo que justamente distingue a la responsabilidad extracontractual y, por ende, confirma que la responsabilidad médica tenga una naturaleza tan peculiar para pasar por sobre la conocida *summa divisio*, pero privilegiando su ámbito contractual, mientras que reconoce a la responsabilidad contractual, más allá de su naturaleza puramente económica, la calidad de instrumento de tutela de la persona humana.²⁸

En el ámbito comunitario, la particular naturaleza de la responsabilidad médica, en el sentido de ubicarse en una zona límite entre las dos áreas de responsabilidad, se va a ver reflejada en una propuesta de directiva del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la responsabilidad del prestador de servicios,²⁹ donde el encuadramiento formal aparece en el ámbito contractual, aunque no haya sido aprobada la pro-

26 Así, la Casac. 2144 del 1 de marzo de 1998, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1988, I, p. 604, con nota de R. Pucella. La naturaleza contractual de la responsabilidad del médico dependiente de un establecimiento de salud ha sido confirmada posteriormente por la casación en: Casac. 6220 del 16 de noviembre de 1988. *Resp. Giur. It.*; Casac. 5939, del 27 de mayo de 1993, publicada en CD-rom, 1986/1993, UTET.

27 Sobre la obligación sin prestación, véase CASTRONOVO, C. “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”. *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*. Milán, 1995, p. 197.

28 DE MATTEIS, Raffaella. Op. cit., p. 19.

29 Publicada en G.U.C.E., el 18 de enero de 1991, y comentada por CASTRONOVO, C. *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria*. *Foro It. V*, 1994, p. 274.

puesta comunitaria, quedando, sin embargo, como un antecedente de importancia, toda vez que para la determinación de la responsabilidad contractual del prestador de servicios la propuesta exige establecer el daño y la relación causal, mientras que la carga de no haber obrado con culpa se hace pesar sobre el prestador.

Cabe destacar que el legislador comunitario, al haber acogido en la referida propuesta de directiva un supuesto de responsabilidad contractual con presunción de culpa para el prestador de servicios defectuosos, estaba acogiendo una marcada tendencia de los Estados miembros, si bien no precisamente legislativa, sí en cambio jurisprudencial, lo que en cierta manera se desprende del preámbulo de la propuesta de directiva, siendo una finalidad fundamental la de asegurar el resarcimiento de los daños causados a la salud o integridad física de las personas o sus bienes muebles o inmuebles.

En cuanto a la culpa médica, que es objeto de análisis en todo supuesto de responsabilidad médica, la tendencia ha sido la de resaltar el respeto de parámetros a través de los cuales evaluar la ejecución de la prestación médica, y destacar que aquella consiste en el error debido a una insuficiente preparación técnica.³⁰ La práctica jurisprudencial ha individualizado la inexistencia de culpa y en el comportamiento del profesional medianamente hábil y preparado que no incurre en errores técnicos. Se trata del parámetro del hombre razonable aplicado a la profesión médica. La jurisprudencia inglesa se ha referido al “ordinary skill of an ordinary competent man exercising that particular art”.³¹

La práctica jurisprudencial llega incluso a evaluar con criterios diferentes la ejecución de prestación que comporta la solución de problemas de especial dificultad, con respecto a los que considera actos de rutina médica. En este último caso, la experiencia italiana, por ejemplo, recurre al mecanismo de las presunciones de culpa, bastando para que opere la presencia de un resultado que empeora la situación del paciente, debiendo este solamente probar que se trataba de una simple prestación médica y el nexo de causalidad entre el daño y la conducta del profesional.³²

En efecto, la tendencia jurisprudencial es hacia una posición cada vez más severa en la evaluación de la conducta del médico, en algunas

30 Véase MONATERI, P. G. Op. cit., p. 754.

31 BUCKLEY, R. A. *The modern law of negligence*. 2.^a edición. Londres, Dublín y Edimburgo, 1993, p. 297 y ss.

32 Casac. 1.01. 1991, en *Giur. It.*, 1991, I, 1, c. 1379 ss.

hipótesis inclinándose incluso por una responsabilidad objetiva, con lo que se supera la clásica calificación de las obligaciones del médico como de medios.³³

La experiencia francesa, no obstante mantener la calificación de la obligación del médico como obligación de medios y, por tanto, en aplicación del “principio de la no acumulación”, no resulta aplicable la norma del régimen extracontractual, que establece una responsabilidad objetiva del custodio (artículo 1384 del Code Civil), sin embargo, logra esta posibilidad de una responsabilidad sin culpa en aquellos supuestos en que los jueces transforman la obligación del médico en obligación de resultado, sobre todo en los casos de daños derivados de donación de sangre, así como en los llamados daños derivados de enfermedades del nosocomio, por ejemplo las infecciones.³⁴

La experiencia inglesa,³⁵ por su parte, difícilmente acepta las presunciones de culpa o la aplicación del *res ipsa loquitur*, considerando que debe evitarse lo que sucede en la experiencia estadounidense, contexto en el cual la exacerbación de la *medical malpractice* ha generado una conducta defensiva en los médicos, además de la elevación del costo de las prestaciones médicas con la intervención del seguro de responsabilidad civil, todo ello inmerso en una denominada cultura del litigio.³⁶

¿HACIA UNA CRISIS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA?

La investigación comparada de las experiencias jurídicas que afrontan el problema de los daños derivados de la actividad médica, nos permite reconocer que si bien dentro de la responsabilidad civil en diversos sistemas jurídicos se observa una tendencia a acentuar la rigurosidad del examen de la conducta del médico o la institución a quien se le imputa el daño sufrido por el paciente, también se nos permite reconocer que en diversos sistemas se van adoptando soluciones alternativas a la responsabilidad civil, sin ser excluyentes en la mayor parte de ellos, y

33 Véase BRECCIA, U. “Le obbligazioni”, al cuidado de IUDICA, G y P. ZATTI. *Trattato di diritto privato*. Milán, 1991, p. 137 y ss.

34 Casac. del 29 de junio de 1999, en la reseña de P. Jourdain, “Responsabilité civile”. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1999, p. 841 y ss.

35 BUCKLEY, R.A. Op. cit., p. 300 y ss.

36 Sobre la experiencia estadounidense, véase WOOLCOTT, Olenka. “La seguridad del paciente”. Op. cit., p. 10 y ss.

todas orientadas a tratar de ofrecer una mejor respuesta al problema de los daños médicos.

En este sentido resultan muy ilustrativas la experiencia europea por un lado, y la experiencia estadounidense por otro. Esta última con matices muy peculiares, conforme se desprende de su evolución histórica, donde se presenta un sistema de reparación de daños –*torts*– equivalente a la responsabilidad extracontractual que actúa permanentemente conectada al sistema de seguros, no por imposición estatal sino por exigencia del propio mercado de prestación de servicios médicos. Sin embargo, por razones de espacio, y por merecer dedicación en lugar específico,³⁷ dado que se trata de la experiencia que, de acuerdo con los datos disponibles, afronta hoy en día una nueva y tal vez la más grave crisis en *medical malpractice*,³⁸ nos conformamos en esta oportunidad con atender la evolución de la experiencia europea.

De la experiencia europea atrae nuestra particular atención la reciente respuesta legislativa francesa del año 2002,³⁹ que aporta un carácter bicéfalo a la responsabilidad médica.

En efecto, se trata de una profunda reforma, muy esperada en Francia, del sistema de indemnización de daños derivados del ejercicio de la actividad médica, que hasta entonces se basaba solo en el régimen del Código Civil.⁴⁰ De acuerdo con lo que se desprende de la doctrina, hasta el momento de la reforma los esfuerzos de la jurisprudencia administrativa y civil han sido considerados insuficientes, no obstante haber aplicado medios diversos (teoría del riesgo en el derecho administrativo, obligación de seguridad de resultado en el derecho civil) para hacer viable la reparación de los daños sufridos por pacientes, admitiendo en ciertos casos la posibilidad de que la estructura sanitaria pública repare los daños resultantes de accidentes terapéuticos, independientemente de la existencia de una culpa probada.

37 Véase WOOLCOTT, Olenka. “La seguridad del paciente ...”. Op. cit., p. 10 y ss.

38 Véase el ilustrativo ensayo de COMANDÉ, G. “La responsabilit  sanitaria d’impresa tra crisi e pacificazione”, en COMANDÉ, Giovanni y Giuseppe TURCHETTI (al cuidado de). *La responsabilit  ...* Op. cit., p. 192 y ss.

39 Ley 303, del 4 de marzo del 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, que en el título IV contiene el régimen sobre la reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios.

40 JOURDAIN, Patrice; LAUDE, Anne; PENNEAU, Jean y Stéphanie PORCHE-SIMON. *Le nouveau droit des malades*. París: Litec, 2002; sobre la experiencia francesa véase WOOLCOTT, Olenka. “La introducción de un seguro...”. Op. cit., p. 35 y ss.

La ley francesa introduce un sistema de indemnización colectiva de los accidentes terapéuticos (álea terapéutica) más grave y cuyas disposiciones hoy forman parte del Código de la Salud Pública. El sistema es autónomo y colectivo, lo primero en el sentido de no depender de la responsabilidad civil, y lo segundo, porque se realiza sobre la base de fondos provenientes de la colectividad nacional. De esta manera se cubren los daños graves no provenientes de una culpa médica.

Sin embargo, la ley en referencia no ha tenido la intención de sustituir la responsabilidad civil, más bien la reafirma expresamente para los casos de culpa médica, por lo que instaura un régimen paralelo que obviamente favorecerá a las víctimas de estos daños. No hay, pues, una absorción de la responsabilidad civil en un sistema de seguridad social global, sino que se puede hablar de la existencia de una dualidad de regímenes de indemnización, donde se hallan los daños que se indemnizarán a título de culpa y aquellos –álea terapéutica– que serán cubiertos a título de la solidaridad nacional.

Por último, los daños generados sin culpa, pero que además no alcanzan la gravedad requerida por la ley para los fines de la cobertura social, pueden ser cubiertos por el seguro-paciente. Con lo que se observa, se ha buscado favorecer la cobertura total de los daños médicos.

Cabe destacar que la ley viene a salvar las críticas que recaían en la jurisprudencia francesa, que en su afán de conceder resarcimiento a la mayor parte de las víctimas de daños médicos y desnaturalizando la responsabilidad civil, llegaba a hacerlo gravando a la estructura sanitaria pública en términos de responsabilidad objetiva, por lo que decide encargarse esta tarea a la seguridad social⁴¹ para cubrir los daños sufridos por un paciente cuando no haya sido cometida negligencia alguna durante el acto o cuidados médicos; el daño no sea atribuible al estado del paciente o a su previsible evolución y que sea un daño grave o anormal, sin diferenciar si se produce en un ente público o privado, lo que constituye un mérito de la reforma.

La reforma francesa ha introducido una solución que plantea un equilibrio de intereses. Por un lado, ante lo que fomentaba la doctrina,⁴² se trata de no frustrar los objetivos de la investigación médica con sancio-

41 ROCCO, Luca. “ ‘La presunta’ crisi della responsabilità sanitaria: la dimensione nazionale e non nazionale”, en COMANDÉ, Giovanni y Giuseppe TURCHETTI (al cuidado de). *La responsabilità ...*, Op. cit., p. 123 y ss.

42 CETRINA, N. “ ‘Responsable mais pas fautif’: à quand une loi encadrant le risque médical dans les établissements publics de santé?”. *Rev. Gén. Dr. Méd.*, 2001, p. 34 y ss.

nes excesivas y desproporcionadas que obliguen de hecho a una medicina defensiva –una de las características de la actual experiencia estadounidense–, y por otro lado, garantizar una eficaz reparación integral de los daños.

Una respuesta al problema de los daños médicos, que destaca por el particular énfasis en la indemnización del daño, es ofrecida por los sistemas que han venido a conocerse como sistemas *no fault*, sean de origen escandinavo o neozelandés.⁴³

Los modelos de responsabilidad *no fault* tienen como finalidad asegurar el resarcimiento del daño, sin consideración de la función deterrente acogida tradicionalmente por la responsabilidad civil.⁴⁴ Con características específicas para la operatividad de cada uno de estos modelos, destaca en todos ellos la indiferencia por la relación entre el causante del daño y la víctima, así como por la culpa como presupuesto para la reparación del daño, delegando consiguientemente una función desincentivadora de conductas dañosas a otros mecanismos de tutela.

Estos sistemas de compensación automática de los daños representan un desarrollo muy elevado de la seguridad social, desplazando los problemas procesales que acompañan la institución de la responsabilidad civil y demuestran colocarse en el vértice de la moderna gestión de los riesgos y la materialización de las ideas de matriz solidaria.⁴⁵

Se destaca el hecho de que surgen para salvar las incoherencias en que venía incurriendo la institución de la responsabilidad civil en su afán de cubrir daños fuera de su ya extenso territorio tradicional, asumiendo una función aseguradora de los daños, acarreado ello como consecuencia la inseguridad del mercado de seguros.

En cambio, estos sistemas *no fault* trabajan dentro de parámetros de coberturas razonables, elaborados sobre la base de la previsión de riesgos y su *quantum*.

Debe señalarse que las muestras del modelo *no fault* no solo tienen contornos tan amplios como Nueva Zelanda o el proyecto escandinavo,

43 Sobre sus características, véase PONZANELLI, G. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna, 1992.

44 BUSNELLI, F. D. “Nuove frontiere della responsabilità civile”. *Jus*, 1976, p. 41 y ss.; RODOTÀ, S. “Modelli e funzioni della responsabilità civile”. *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 595.

45 ARBOUR, M.-E. “Gestione dei rischi in ambito sanitario: La risposta del no fault nei Paesi scandinavi ed in Nuova Zelanda”, en COMANDÉ, Giovanni y Giuseppe TURCHETTI (al cuidado de). *La responsabilità ... Op. cit.*, p. 137 y ss.

sino que también van siendo acogidos sectorialmente, y con carácter muy específico, por diversos sistemas jurídicos, en asuntos de seguros obligatorios de automóviles, accidentes de trabajo o en materia de salud.⁴⁶

CONSIDERACIONES FINALES

La orientación emprendida por la jurisprudencia, conforme nos muestra la experiencia comparada, en materia de responsabilidad civil médica –muy distante de la cual se encuentra la experiencia peruana– con el fin de cubrir la reparación de daños que para una óptica clásica sobrepasan los límites de la responsabilidad civil, como claramente lo evidencia el caso francés que hemos referido, y el surgimiento de respuestas de responsabilidad *no fault* sea en sistemas completos o en modo específico para ciertas actividades generadoras de daños, nos impone la necesidad de replantear *el sistema de tutela de las víctimas de daños médicos*, en el sentido de no insistir en que sea únicamente la institución de la responsabilidad civil con la que se pretenda atender las múltiples demandas de reparación de daños, sea mediante la extensión de las fronteras de la responsabilidad civil como mediante la incitación al litigio a través de mecanismos aseguradores de responsabilidad civil que no ofrecen una respuesta directa y alentadora para el problema real de las víctimas.

En esa línea, se observa que la tendencia va orientada hacia una suerte de convivencia de la clásica institución de la responsabilidad civil médica con esquemas de seguridad social, es decir, fondos alimentados por la colectividad y su representante, el Estado, a fin de proveer a las exigencias de indemnización de daños médicos.

Ciertamente, esa convivencia estará determinada por las condiciones económicas imperantes en un determinado contexto jurídico y los valores que subyacen a cada sistema, lo que haga posible acceder a una cultura de la seguridad del paciente que implica tomar en cuenta no solo el momento del daño *ex post* sino, mejor aún, el *ex ante*, donde sea posible trabajar sobre políticas de prevención de estos lamentables tipos de daños, perspectiva que es incompatible con medidas o respuestas parciales e insuficientes, como sería una imposición del mecanismo de seguro obligatorio médico en sistemas de escasos recursos económicos donde la consecuencia sería la desestabilización del vigente e insuficiente sistema de prestaciones de salud.

⁴⁶ Por ejemplo la ley italiana de 1992 para indemnización automática de daños derivados por vacunación; la ley alemana de 1976 sobre daños derivados de productos farmacéuticos, modificada ulteriormente en 1990 y 2002, véase ARBOUR, M.-E., Op. cit., p. 145.