



Facultad de Derecho y Ciencias Humanas

Trabajo de Investigación

**“Construcción de criterios normativos
objetivos para la valoración del daño moral
ocasionado por negligencia médica en el
Perú”**

Autor: Eliel Henry Córdova Domínguez - 1521337

Para obtener el Grado de Bachiller en:

Derecho

Lima, setiembre 2020

Dedicatoria

A mis padres, por apoyarme siempre, por inculcarme buenos principios morales, por enseñarme a perseverar, a que si caigo debo levantarme y por ser los pilares fundamentales para llegar hasta aquí. Ellos son el motivo de mi superación.

A Dios todo poderoso, por bendecirme cada día, por ser guía en el trayecto de mi vida, por darme mucha fortaleza espiritual en aquellos momentos difíciles que tuve que pasar para llegar hasta aquí.

Agradecimiento

Vaya un agradecimiento muy especial a Dios por tanta bendición y fortaleza en cada paso de mi vida, a mis padres y a toda mi familia por su apoyo moral.

Así mismo, quiero agradecer infinitamente a todos profesores de la UTP, en especial a los docentes del curso de Investigación Profesional, por el soporte y sus conocimientos para la elaboración de este trabajo de investigación.

Índice

1. Introducción.....	6
2. Resumen	7
3. Planteamiento del problema.....	8
4. Pregunta de investigación.....	11
4.1. Pregunta específica 1.....	11
4.2. Pregunta específica 2.....	11
5. Formulación de la hipótesis.....	11
5.1. Hipótesis general	11
5.2. Hipótesis específicas	11
6. Objetivos	11
6.1. Objetivo general	11
6.2. Objetivo específico 1.....	11
6.3. Objetivo específico 2.....	11
7. Delimitación de la investigación.....	12
8. Justificación	12
9. Marco teórico.....	13
9.1. Bases teóricas	13
9.2. Marco normativo.....	19
9.3. Marco conceptual	22
9.4. Marco contextual.....	28
10. Metodología	32
10.1. Alcances y enfoques metodológicos.....	33
10.2. Operacionalización de las variables.....	37
10.3. Técnicas e instrumentos de investigación.....	38
10.4. Análisis e interpretación de la información	40
11. Anexos	43
11.1. Anexo N° 01 (Matriz de consistencia).....	43
11.2. Anexo N° 02 (Cuestionario).....	43
11.3. Anexo N° 03 (Entrevista Doctor Guillermo Durán).....	43
11.4. Anexo N° 04 (Entrevista – Audio Doctor Augusto Medina Otazú)	43
11.5. Anexo N° 03 (Entrevista – Audio Doctor Kohler Guido Sáenz Moreno).....	43

1. Introducción

En los últimos años, en el Perú se han realizado múltiples esfuerzos para regular la responsabilidad civil derivada del daño moral. De esta manera, se han implementado normas que tratan de explicar y establecer parámetros sobre la responsabilidad civil. Esto con el fin de hacer responsable y obligar a quien causa un daño a indemnizarlo.

En este contexto, la responsabilidad civil consiste en quien causó el daño tiene la obligación que resarcirlo. En efecto, esta se divide en dos ámbitos patrimonial y extramatrimonial. El daño patrimonial u objetivo que tiene que ver con la afectación a bienes materiales de la persona y el daño extra patrimonial o daño subjetivo, daño moral o daño a la persona que tiene que ver con la afectación ligada intrínsecamente a la afectación o vulneración de un bien jurídico intrapersonal, este último incluiría, a su vez, a los daños físico, psicológico y al proyecto de vida.

Por ello, que se han realizado diversos esfuerzos para establecer criterios normativos sobre la responsabilidad con respecto al daño moral. Para ello, se ha discutido ampliamente sobre la función que tiene la cuantificación del daño moral. Puesto que con ello se busca reparar el daño que se haya producido a otra persona al estado anterior en que se encontraba el bien jurídico protegido, antes de sufrir el menoscabo y si esto es imposible se trata de aliviar este daño a través de una compensación económica, por eso que la indemnización debe ser justa y equitativa con respecto al daño sufrido.

Por estos motivos, el presente trabajo pretende explicar los problemas que existen al momento de realizar la cuantificación de la indemnización por daño moral. Este cuestionamiento, permitirá establecer e implementar criterios normativos objetivos para la cuantificación del daño moral en la responsabilidad civil en nuestro país.

2. Resumen

En nuestro país no se ha logrado determinar criterios normativos uniformes en cuanto a la valoración del daño moral, ni los legisladores, ni la jurisprudencia, tampoco la doctrina, han podido establecer un criterio equitativo, esto se refleja cuando en las decisiones sobre casos similares sobre daño moral existen criterios diferentes o dispares.

En ese sentido, los criterios normativos son aquellos parámetros fijados por una norma o un sistema jurídico que van a servir como guía para que la administración de justicia dictamine la cuantía económica para resarcir el daño moral. Es decir, son instrumentos que permiten fijar un valor económico a una lesión producto de un daño moral.

Por ello, que el presente trabajo de investigación se justifica en la importancia de establecer parámetros justos al momento de indemnizar a una persona por daño moral ocasionado por una negligencia médica, ya que en nuestro país las decisiones judiciales por daño moral son muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral.

En el ámbito internacional, es importante mencionar que España a fines del siglo pasado ya analizó esta gran problemática que consiste en la valoración y cuantificación del daño moral y es el único y primer país en implementar un sistema de criterios objetivos de cuantificación sobre el resarcimiento del daño moral, estableciendo un baremo vinculante de responsabilidad civil.

La responsabilidad civil no debe limitarse únicamente al evento dañoso y la necesidad de resarcirlo; sino que también el daño causado por una inejecución de obligaciones configura responsabilidad civil. Bajo esta perspectiva, el que ocasiona un daño por su negligencia, se hace responsable de resarcirlo.

El tratamiento objetivo, en cualquier caso, delimita la discrecionalidad del juzgador, evitando que esta sea de tal intensidad que se convierta en arbitraria. Por consiguiente, considero que, estableciéndose criterios objetivos, sí permitirían determinar con equidad los montos indemnizatorios; pero no para que se fije un monto único para todos los casos, pero sí un monto mínimo o base, a partir del cual podría adicionarse montos de acuerdo con el caso concreto.

3. Planteamiento del problema

Actualmente, en el Perú existe un enorme problema en lo que se refiere a la valoración del daño moral en los casos de negligencia médica, pues ni los legisladores, ni los jueces, ni los abogados ni la doctrina, se han puesto de acuerdo en casi 40 años de aplicación de nuestro Código Civil para establecer parámetros que puedan garantizar una valoración justa y equitativa del daño moral, es por esto, que por ahora quien fija el monto de resarcimiento es el Juez y lo hace utilizando criterios subjetivos, es decir, él lo establece a través de la valoración de las pruebas. Esto ha generado que, al momento de dictaminar una valoración sobre casos similares en negligencia médica, existan criterios diferentes que pueden significar que el juzgador pueda cometer abuso de su poder discrecional al momento de emitir una decisión.

Por lo tanto, si revisamos el significado de criterios normativos encontramos que se definen como aquellos parámetros fijados en una norma o un sistema jurídico que van a servir como guía para que la administración de justicia dictamine la cuantía económica para resarcir el daño moral. Por otro lado, se entiende que la cuantificación del daño moral es un monto pecuniario establecido por un sistema jurídico que puede ser la ley o los jueces en su función de administración de justicia. Así pues, lo que busca nuestro sistema es principalmente compensar a la víctima por el sufrimiento, dolor, pena, angustia que sufre a consecuencia de un daño ocasionado por un tercero (Linares, 2017). En este sentido, los criterios normativos son instrumentos que van a permitir al Juez dictaminar una solución en función a una serie de parámetros estipulados por el ordenamiento de acuerdo a cada caso en concreto.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, en nuestro país la cuantificación del daño moral se hace a través de los criterios subjetivos, lo que significa que no siempre dichos criterios aplicados serán justos para las personas víctimas de negligencia. Al respecto, el artículo 1332 del Código Civil se refiere a la cuantificación del daño moral de la siguiente manera: *"si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"* (Código Civil, 1984, p. 377). Es decir, si el monto de indemnización no puede ser probado en un monto adecuado a través de las presentadas por las partes, el juez está facultado para realizar una valoración equitativa. En este enunciado

se ve claramente que la ley faculta al juez, para que a través de su discrecionalidad establezca una valoración equitativa del daño moral.

En el ámbito internacional, es importante mencionar que España a fines del siglo pasado ya analizó esta gran problemática que consiste en la valoración y cuantificación del daño moral y es el único y primer país en implementar un sistema de criterios objetivos de cuantificación sobre el resarcimiento del daño moral, estableciendo un baremo vinculante de responsabilidad civil (Pérez & Castillo, 2012). Esta implementación se dio en 1995, mediante la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

En Francia, también encontramos grandes con respecto a la problemática sobre la cuantificación del daño moral y como punto de partida podemos apreciar que el juez tiene una amplia facultad de discreción para dictaminar el quantum de indemnización. No obstante, la doctrina francesa ha creado tablas con baremos que aún no son establecidos en una ley, estos instrumentos contemplan elementos importantes para valorar el daño moral, como son: la edad, sexo, ocupación, discapacidad, entre otros. Estos baremos implementados por la doctrina son utilizados por la administración de justicia para argumentar sus resoluciones, a pesar que no hay una ley que obligue la aplicación (Pérez & Castillo, 2012). La importancia de estos baremos implementados por la doctrina francesa radica en que bajo estos instrumentos los jueces encuentran mayor desarrollo de criterios objetivos que permiten una valoración del daño moral más equitativo. Dichos baremos, son considerados muy valiosos, debido a que facilitan la valoración del daño a los jueces con montos preestablecidos de acuerdo a la gravedad del daño condición de la víctima que lo sufrió.

Por otro lado, en Estados Unidos no solo se consideran los perjuicios económicos ocasionados por el daño como consecuencia de un hecho ilícito, sino que también se considera el daño moral. Por ello, este sistema está basado en un concepto de daños punitivos; es decir, se trata de una sanción pecuniaria, que por estar determinada por una ley, además de la indemnización integral que corresponde por el daño causado, se ordena a pagar a quien con malicia ha provocado un perjuicio a la víctima por sus actos ilícitos (Pérez & Castillo, 2012). Con esto lo que se busca es dar un castigo ejemplar a quien causa el daño y disuadirlo a él y a otras personas para que se abstengan de volver a cometer actos ilícitos de la misma índole. La sanción pecuniaria tiene como fin último que otras personas la vean como un

castigo ejemplar, de manera que, al ver la magnitud de la sanción, se abstengan de cometer actos ilícitos que generen daños a otras personas.

En países como Argentina, Brasil, entre otros existe una gran discusión doctrinal sobre los daños morales. Sin embargo, están lejos de ponerse de acuerdo sobre la implementación de criterios objetivos para la valoración del daño moral.

Volviendo al contexto nacional, es importante mencionar que el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil trata de establecer una solución pacífica a este problema de la cuantificación del daño moral enfatizando en dos grandes aspectos, pero que no son suficientes para lograr una valoración objetiva. El primero, se refiere a la carga probatoria del daño moral y el segundo aspecto regula la cuantificación del daño moral, optando por un criterio objetivo (IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2017). Con esto se puede decir que, para probar un daño moral, tiene que ser sustentado a través de pruebas directas o indirectas, lo cual facilitará establecer el quantum resarcitorio debido a que éste estará enfocado en función a las pruebas otorgadas por la parte afectada.

Sin embargo, esto no ofrece una solución eficaz ni eficiente sobre la cuantificación, porque estas pruebas directas o indirectas tienen que ir al juzgador, para que de acuerdo a su valoración establezca la cuantificación del daño moral. Si bien es cierto limita su factor discrecional a la valoración probatoria pero no es suficiente, ya que va a ser el Juez quien a través de la valoración establezca la cuantificación no existiendo un criterio totalmente objetivo, ya que de todas formas estaría presente la subjetividad del Juez.

Cabe precisar, que esto genera inseguridad jurídica en los que buscan justicia por daño moral, ya que cada administrador de justicia tiene diferentes criterios para establecer su cuantificación y hasta puede caer en arbitrariedad o corrupción. Por estos motivos, el presente trabajo pretende explicar ¿Cuáles deben ser los criterios normativos para la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica en el Perú? Este cuestionamiento, permitirá plantear la implementación de criterios normativos objetivos para la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica en el Perú.

4. Pregunta de investigación

¿Cuáles deben ser los criterios normativos para la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica a implementarse en el Perú?

4.1. Pregunta específica 1

¿Cuáles son los criterios normativos actuales para la valoración del daño moral?

4.2. Pregunta específica 2

¿De qué manera se puede valorar el daño moral ocasionado por la negligencia médica en el Perú?

5. Formulación de la hipótesis

5.1. Hipótesis general

Los criterios normativos deben ser equitativos, predecibles y proporcionales en el quantum indemnizatorio de un daño ocasionado por negligencia médica.

5.2. Hipótesis específicas

En actualidad existen criterios subjetivos para determinar la valoración del daño moral, pero no existen criterios objetivos.

Estudiar la viabilidad de implementar criterios objetivos de valoración del daño moral ocasionado por la negligencia médica en el Perú.

6. Objetivos

6.1. Objetivo general

Establecer criterios objetivos para la valoración del daño moral ocasionado por la negligencia médica en nuestro país.

6.2. Objetivo específico 1

Analizar los criterios normativos que viene utilizando la judicatura para determinar el quantum del daño moral.

6.3. Objetivo específico 2

Plantear la implementación de criterios normativos objetivos para la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica.

7. Delimitación de la investigación.

En el presente trabajo de investigación se realizará un riguroso análisis de los criterios subjetivos que la judicatura viene utilizando hasta la actualidad para la valoración del daño moral causado por la negligencia médica. Ya que estos criterios amparados en la discrecionalidad del juez, facultada por la norma están generando una serie de inconvenientes, tanto para aquellas personas que son víctimas y para el Estado.

En este sentido, se analizarán casos que han sido resueltos por el poder Judicial, donde se han emitido decisiones judiciales muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral por negligencia médica. De esta manera se pretende realizar un estudio de las sentencias emitidas por la corte suprema en los últimos 20 años, en las cuales los criterios discrecionales utilizados por la judicatura son muy dispares en casos similares, estableciendo un monto sin fundamento alguno. Solo disponen el monto sin mayores fundamentos.

8. Justificación

La presente investigación se justifica en la importancia de establecer parámetros justos al momento de indemnizar a una persona por daño moral ocasionado por una negligencia médica, ya que en nuestro país las decisiones judiciales por daño moral son muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral. Esto genera que las personas que sufren la acción dañosa no estén recibiendo un consuelo económico justo que pueda aliviar en algo ese dolor que llevan interna y externamente, no logrando custodiar un tratamiento adecuado que garantice un alivio para aquellas personas que sufren las consecuencias de la negligencia médica.

Esto refleja que la discrecionalidad del juez a través de criterios subjetivos que la ley le concede, genera arbitrariedad e injusticia al momento de dictaminar una valoración justa del daño moral e incluso hasta puede prestarse para que haya corrupción de por medio. Por ello, es importante, justo y necesario establecer criterios objetivos para lograr decisiones que

se acerquen al principio de equidad y de justicia, estableciendo un monto pecuniario justo y equivalente con el daño ocasionado por una negligencia médica.

En consecuencia, es necesario establecer criterios normativos específicos que permitan cuantificar una indemnización justa y equitativa para aquellas personas que son víctimas de negligencia médica.

9. Marco teórico

9.1. Bases teóricas

En el Perú se han realizado múltiples esfuerzos para regular la responsabilidad civil derivada del daño moral. De esta manera, se han implementado normas que tratan de explicar y establecer parámetros sobre la responsabilidad civil. Esto, con el fin de hacer responsable y obligar a quien causa un daño a indemnizarlo.

En este contexto, la responsabilidad civil consiste en que, quien causó el daño tiene la obligación que resarcirlo. Así pues, ésta se divide en dos ramas, la que causa un daño patrimonial y la que causa un daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o daño objetivo tiene que ver con la afectación a bienes materiales de la persona y el daño extra patrimonial o daño subjetivo, daño moral o daño a la persona, tiene que ver con la afectación ligada intrínsecamente a la vulneración de un bien jurídico intrapersonal, este último incluiría, a su vez, a los daños físico, psicológico y al proyecto de vida.

Ahora bien, para poder determinar la responsabilidad en un daño moral, se han realizado diversos esfuerzos para establecer criterios normativos de valoración para su cuantificación, discutiendo ampliamente sobre la función que tiene la cuantificación del daño moral en el desarrollo de la persona afectada. Es decir, el fin de la responsabilidad civil es que se busca resarcir un daño que se haya producido al estado anterior en que se encontraba el bien jurídico protegido antes de sufrir el menoscabo y si esto es imposible se trata de aliviar este daño a través de una compensación económica, por eso que la indemnización debe ser justa y equitativa con respecto al daño sufrido.

En el año 2017, la Jurisprudencia Nacional desarrolló el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, que explica el Daño moral, pruebas y criterios para su cuantificación. El mencionado Pleno, trata de llegar a una solución pacífica a esta

problemática de la cuantificación del daño moral, en la cual enfatiza en dos aspectos. En primer lugar, se refiere a la carga probatoria del daño moral. En segundo lugar, refiere que en cuanto la cuantificación del daño moral se ha optado por el criterio objetivo. Es decir, para acreditar el daño moral se tiene que sustentar a través de pruebas directas o indirectas, entonces esto facilitará establecer el quantum resarcitorio debido a que este estará enfocado en función a las pruebas otorgadas por la parte afectada.

Sin embargo, esto no ofrece una solución eficaz ni eficiente sobre la cuantificación, porque estas pruebas directas o indirectas tienen que ir al juzgador, para que de acuerdo a su valoración establezca la cuantificación del daño moral. Si bien es cierto limita su factor discrecional a la valoración probatoria pero no es suficiente, ya que va a ser el juez quien a través de la valoración probatoria establezca la cuantificación, no existiendo un criterio totalmente objetivo, ya que de todas formas estaría presente la subjetividad del Juez.

En efecto, en el artículo 1332 de Código Civil está regulada la cuantificación del daño moral, que en su contenido dictamina: “si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa” (Código Civil, 1984, p. 377). En esta disposición se puede apreciar claramente que el Código Civil hace referencia a la cuantificación del daño moral, donde faculta a la discrecionalidad del Juez para la valoración equitativa. Esto, genera inseguridad jurídica en los que buscan justicia por daño moral, ya que cada administrador de justicia tiene diferentes criterios para establecer su cuantificación y hasta puede caer en arbitrariedad o corrupción.

Al respecto existen diferentes posturas sobre el problema en mención. De manera que Arias Schreiber, como se citó en (Osterling, 2010) analizando el artículo 1322 del Código Civil en la que estipula que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento, el autor nos dice que si bien es cierto es difícil medir un daño moral, el cálculo tiene que estar sometido a criterios del juzgador; ya que, las normas jurídicas imponen la obligación de indemnizar sean estos daños patrimoniales o daños morales. En efecto, el daño moral no tiene por qué ser estandarizado y para llegar a una valoración justa, el juez debe realizar un cuidadoso análisis de todos los elementos del caso, considerando principalmente todas las pruebas presentadas por las partes.

Es decir, el mencionado artículo recoge la equidad, pero ésta realmente está distante de lo justo, puesto que autoriza al juez para que según su criterio realice una valoración de todos los elementos presentados en cada caso, establezca una cuantificación del daño moral (Beltrán, 2007). Entonces, queda claro que el ordenamiento jurídico no ha regulado de forma precisa los criterios para cuantificar el daño moral. Por ello, que en función a lo dispuesto por el Código Civil en su artículo VIII del Título Preliminar, “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia a defecto de la Ley” el juez debe establecer una valoración “equitativa”. Cabe preguntarse ¿esta discrecionalidad del juez para establecer una valoración “equitativa” sería justa para compensar el daño?

Frente a esta posición Vargas (2016), afirma todo lo contrario diciendo que los casos de negligencia médica los legisladores deben elaborar un sistema tabular que permita fijar los límites respecto de los cuales deba otorgarse la indemnización solicitada. La autora refiere que es importante engendrar un sistema de criterios objetivos para determinar el daño moral y no dejarlo a la discrecionalidad del Juez.

En inclinación a la segunda posición se considera que es necesario establecer criterios objetivos para valorar el daño moral, ya que es sumamente riesgoso dejar a criterio discrecional del juzgador la valoración, porque se puede cometer arbitrariedad o abusar de esta facultad, como se ha visto en los últimos tiempos en la justicia peruana. En consecuencia, no se logra una solución justa y efectiva a este problema.

En este orden ideas, hay que tener en cuenta que en nuestro país las decisiones judiciales en cuanto a la valoración del daño moral son muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral. Así pues, mencionando algunos casos como, por ejemplo, la demanda de indemnización que interpuso Elsa Delgado Sánchez contra el médico Sergio Yong Motta a fin de para que la indemnice con el monto de \$ 100.000.00 dólares por los daños y perjuicios generados a causa de una intervención negligente que la dejó al borde de la muerte, luego de haber sido intervenida quirúrgicamente de cálculos a la vesícula. Por lo que, el magistrado ordenó que el demandado pague a favor de la demandante la suma de \$ 80.000.00 dólares (Olivera, 2016).

En otro caso similar fue el de Carmen Guevara, quien vivió en experiencia propia las consecuencias de una negligencia médica, puesto que uno de sus cinco hijos fue víctima de negligencia médica al recibir sangre contaminada con el virus del VIH a través de una transfusión sanguínea, por el cual el Poder Judicial determinó la suma de S/.800,000.00 soles como indemnización por daño moral (Osterling, 2010). Está comprobado que las personas que se infectan con el VIH, sufren consecuencias irreversibles de por vida en su salud, no solamente fisiológicamente, sino también una serie de efectos emocionales que requieren una especial atención en el aspecto psicológico para determinar un tratamiento adecuado que ayude a la víctima a mitigar el daño. En estos casos se debe considerar obligatoriamente la gravedad del daño, para poder establecer una valoración justa, de manera que cubra un tratamiento adecuado para controlar los impactos de esta enfermedad.

De la misma manera, Judith Rivera, otra de las víctimas de la negligencia médica, que entró en una sala de operaciones para que le extraigan un tumor del útero y al final de la intervención médica, salió infectada con este temible mal que es el virus del VIH. En ese sentido, el presidente de la República de ese entonces Alan García salió a pedir pidió disculpas públicamente y le consignó una indemnización de S/ 300,000.00 para resarcir el daño que se originó por consecuencias de una mala atención en el establecimiento de salud (Osterling, 2010). En este caso, a comparación del caso anterior, se ve una clara variación del criterio para la fijación del monto indemnizatorio, aun siendo de la misma naturaleza que es un daño por un contagio del VIH que encubre una serie de graves consecuencias en la vida y la salud de la víctima.

En consecuencia, es importante establecer criterios normativos específicos que permitan cuantificar una indemnización justa y equitativa para aquellas personas que son víctimas de negligencia médica, ya que en nuestro país el ordenamiento jurídico no ha regulado criterios objetivos para la valoración del daño moral por este tipo de negligencia, sino que deja al criterio discrecional de los jueces determinar su valorización. Por ello, en el presente trabajo de investigación se plantea formular un sistema tabulado a través de fórmulas para determinar un tope mínimo y máximo de cuantificación de dicho daño; de tal manera, limitar la discrecionalidad del juez a un criterio objetivo y justo.

España es el único y primer país en implementar el sistema de criterios objetivos de cuantificación sobre el resarcimiento del daño moral. Es decir, establece un baremo vinculante de responsabilidad civil (Pérez & Castillo, 2012). Esta implementación se dio en 1995 a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Introdujo un anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Este no es más que un sistema de cuantificación tabulado del daño moral que consiste en un método de criterios objetivos ya establecidos que a pesar de las críticas que ha obtenido por parte de la doctrina. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español lo ha aprobado otorgándole valor vinculante, declarando que está dentro de los rangos de la Constitución española.

Mediante el sistema del baremo, España ha considerado que es relevante establecer límites al poder jurisdiccional en la apreciación y determinación judicial en materias civiles o penales cuando se trate de daños a la persona producidos por los accidentes de tránsito (Pérez & Castillo, 2012). Esto refleja que en la justicia española se ha creado ya un sistema de tabulación de datos con respecto a la indemnización por el daño moral; aunque no es para todo su sistema en general; sin embargo, es importante porque es un precedente relevante que puede abrir las puertas para analizar y poder crear un baremo para otros ámbitos de responsabilidad civil frente al daño moral.

Hay que mencionar, además que un baremo para el caso de daños provocados por una mala atención médica ayudaría a delinear pautas que los magistrados observen al momento de calcular el monto resarcible para las pacientes que son víctimas de una mala praxis, así como ocurrió en España, donde han establecido baremos sobre daños por accidentes de tráfico; esto nos puede orientar para implementar este sistema a otro tipo de daños indemnizables como lo es en los casos de negligencia médica según los criterios que la Ley 35/2015, vigente a partir del 01 de enero de ese mismo año (Vargas, 2016).

En Argentina al igual que en el derecho peruano se deja a criterio judicial la indemnización por daño moral. No obstante, encontramos una excepción a esta regla, cuando se trata del derecho laboral, puesto que en esta materia del derecho argentino las indemnizaciones están reguladas con anterioridad a través de tarifas fijadas por la Ley, lo que resulta para los jueces determinar el monto resarcitorio (Vargas, 2016). De tal

manera, que resulta mucho más práctico para que los jueces puedan establecer un monto resarcitorio que sea justo para ambas partes inmersas en el proceso y siempre dentro de los alcances del ordenamiento jurídico.

Francia se caracteriza por ser uno de los países que más ha estudiado el daño moral. Por eso, que viene innovando constantemente su Doctrina y Jurisprudencia desarrollando ilustres comentarios e importantes conclusiones jurisprudenciales. En este país al igual que en nuestro país los jueces cuentan con una amplia facultad de discrecionalidad para establecer la valoración del daño moral. No obstante, la doctrina ha creado tablas con baremos no legales que contemplan diversos aspectos para determinar la indemnización, en base a la edad, sexo, discapacidad, entre otros. En algunas ocasiones son utilizadas por los entes jurisdiccionales; sin embargo, no los consideran vinculantes (Pérez & Castillo, 2012) Solo son datos indicativos que el juez puede o no tomar en cuenta, pero que dan luz a un nuevo sistema que sería útil, justo y equitativo.

La doctrina francesa mantiene la firme perspectiva de introducir los baremos creados a su legislación. Groutel citado en (De la Cruz, 2017) afirma que la existencia de la tabulación a través del baremo contribuye a minimizar o eliminar el riesgo de que las indemnizaciones sean arbitrarias y/o disparidades, con ello se supera los dos problemas principales para determinar la reparación de los daños ocasionados al cuerpo de la persona en el derecho francés: la poca o nula transparencia en materia de cuantificación del daño y la desigualdad que hay en las personas víctimas.

Así pues, el Defensor del Pueblo de Francia es quien apoya y defiende la creación de una tabla especificada donde se establezca criterios para la valoración de los daños corporales, en su opinión, esta tabla debe abarcar todo el ámbito de la responsabilidad civil general que contenga todos los aspectos de los perjuicios que existen; además, debe ser actualizado periódicamente para garantizar una reparación del daño integral sin excluir ni un aspecto o consecuencia del mismo o cualesquier otro daño que las partes tengan a bien hacer valer y/o acreditar a fin de que sea valorado equitativamente.

El Defensor del Pueblo, francés plantea: 1) usar un nombre único para todos los daños ocasionados al cuerpo de la persona humana 2) implementar un baremo a nivel nacional para indemnizar el daño corpóreo en persona humana 3) constituir una tabla

oficial común y actualizada, para capitalizar el daño corporal y las consecuencias económicas que se deriven de ello, esta tabla debe ser general aplicable a cualquier ámbito de responsabilidad civil 4) Crear una entidad de indemnización del daño corpóreo, denominada Comisión nacional de reparación del daño corporal, integrada por especialistas en responsabilidad civil; además, por instituciones expertas en valoración de daños (representantes de fondos públicos de indemnización, magistrados, abogados expertos en materia civil especialmente en todo tipo de daños, representantes de compañías aseguradoras, representantes de personas que sufren las consecuencias del daño al cuerpo y expertos médicos) (De la Cruz, 2017).

Como se puede apreciar el Defensor del Pueblo francés propone crear un sistema único para todos los daños que afecten el cuerpo de la persona. Además, plantea la objetivación de los criterios para determinar la valoración del daño moral a través de un baremo. Y, para lograr este propósito se tendría que crear una entidad que se dedique exclusivamente a lo que es la indemnización del daño corporal integrada por expertos como pueden ser abogados, médicos, psicólogos, etc. especializados en cada materia encargados de analizar, actualizar, difundir este sistema de criterios objetivos con la finalidad de mejorar los aspectos de valoración. Sin embargo, hay otra parte de la doctrina francesa que mantiene su posición en contra del baremo, ya que para ellos impide o dificulta la soberanía del juez para lograr una solución integral.

9.2. Marco normativo

La constitución política del Perú ha establecido que la protección de la persona humana en toda dimensión es el fin principal de la sociedad y el Estado. Por ello, el Estado está constreñido a implementar políticas de prevención que protejan y garanticen de manera integral el bienestar físico y psicológico de todo ser humano. Esta protección conlleva al respeto irrestricto de los derechos fundamentales como son: el derecho a la integridad, el derecho a la vida, el derecho a la dignidad y en general todos los derechos que toda persona humana como tal merecemos.

Nuestra Constitución Política ha recogido expresamente el derecho a la salud; sin embargo, este derecho fundamental también deriva del derecho a la vida. Así pues, Vargas afirma que de acuerdo a la Constitución, todo ser humano tiene derecho a la

protección de su salud, y es el Estado el responsable de diseñar y conducir la política nacional de salud (Constitución Política del Perú de 1993, 1993) para lograr, de manera descentralizada, que todos los peruanos accedan al servicio de salud de buena calidad (Vargas, 2016), la Constitución Política del Perú es la carta fundamental y nos debemos a ella para garantizar y proteger los derechos fundamentales que entre ellos y los más importantes están el derecho a la salud y el derecho a la vida. En nuestra Carta Magna se ha contemplado que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú de 1993, 1993).

En consecuencia, todos tienen derecho a que se les respete su integridad, a la protección de la salud, la protección del medio familiar y la salud de la comunidad en general. De donde resulta que, el Estado es el responsable de diseñar y estructurar la política nacional de salud a fin de lograr, de manera descentralizada y eficiente, que toda persona acceda al servicio de salud y de alta calidad. De ahí se desprende que, las entidades o personas que presten servicios de salud deben ser responsables en su labor debido a que la vida y la integridad de sus pacientes son esenciales para todos, puesto que la Constitución Política ha establecido que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 1°, p.3). Por esta razón, es que toda institución o persona que brinde servicios de salud, debe hacerlo dentro del marco de la Constitución garantizando un servicio adecuado y de buena calidad para todos los pacientes.

Además, el artículo 139 de la Constitución política del Perú donde se regula los principios de la función jurisdiccional, estableciendo que las resoluciones judiciales en todas las instancias deben ser motivadas. Es decir, las entidades que administran justicia en nuestro país deben fundamentar sus decisiones en aras de transparentar el motivo que los llevó a tomar tan importante decisión para los justiciables.

En el marco del Derecho Internacional Público, se ha reconocido con respecto al derecho de salud, una gama de obligaciones que los Estados deben implementar en función a las normas y procedimientos que suscriben respecto al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de todo ser humano.

De esta manera, el sistema de protección universal, ha implementado una serie de instrumentos internacionales mediante los cuales se reconoce el derecho a la salud como

un derecho humano fundamental que requiere ser garantizado y tutelado por el ordenamiento jurídico, así tenemos que uno de estos instrumentos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; mientras que, en el sistema de protección regional encontramos a la Carta Social Europea, a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales.

El derecho a la salud no solo se encuentra regulado en nuestra Constitución, sino también mediante las disposiciones normativas contenidas en la Ley General de la Salud - Ley N° 26842, la Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud – Ley N.° 29414, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 027-2015-SA (Vargas, 2016). De acuerdo al artículo 15 de la Ley General de la Salud, entre los derechos más importantes que tienen los usuarios respecto a los establecimientos de salud está el que se les proporcione los servicios de salud y de buena calidad. Por otro lado, en el año 2017, la Jurisprudencia Nacional desarrolló el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, que explica el “Daño moral, pruebas y criterios para su cuantificación”. Este Pleno ha tratado de implementar criterios de valoración del daño moral objetivos para cuantificar el daño moral; sin embargo, deja para que el juez a través de la valoración probatoria establezca un monto resarcitorio.

En España se aprobó la Ley 30/1995, de fecha 8 de noviembre, que regula la Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, mediante la cual se introdujo el anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”. Este no es más que un sistema de criterios objetivos basado en la tabulación para cuantificar el daño moral, que consiste en un método de criterios objetivos ya establecidos. Con esta norma, se regula por primera vez en España una valoración por daños y perjuicios ocasionados por los accidentes de tránsito. Tal como se ha implementado un sistema de tabulación en este país europeo, también se puede implementar en nuestro país un sistema organizado de criterios objetivos para la valoración del daño moral en los casos de negligencia médica.

Buscando actualizar este sistema de tabulación en el año 2015 mediante la Ley 35/2015, de fecha 22 de septiembre, se reforma el sistema para la valoración de los daños y perjuicios generados a las víctimas de los accidentes de circulación en España.

9.3. Marco conceptual

En el desarrollo de la actividad médica cualquier médico puede incurrir en actos lesivos que afecten gravemente los bienes más preciados de la persona humana como son: la vida como bien máspreciado de la humanidad, la integridad física, la salud, entre otros bienes protegidos constitucionalmente (García J. C., 2015). Por ello que, durante la historia de la vida, la humanidad siempre ha tratado de resarcir los daños a la víctima o castigar al médico que ocasione una lesión a otras personas en el ejercicio de su profesión.

Durante la historia siempre se ha buscado que la responsabilidad civil del médico tenga implicancia dentro de los alcances de la Ley. En efecto, en la antigua Mesopotamia el Código de Hammurabi (2400 a. C) ya sancionaba fuertemente al médico que cometía errores al momento de diagnosticar un tratamiento a su paciente. Así pues, dicho cuerpo normativo determinaba lo siguiente:

“Precepto 218: si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, que le corten las manos. Precepto 219: si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo. Precepto 220: si el médico ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo pagará la mitad del precio del esclavo” (García J. C., 2015, p. 351).

Tal como se puede inferir en el citado cuerpo normativo ya regulaba, aunque precariamente la responsabilidad del médico por las equivocaciones cometidas (lo que hoy le llamamos la responsabilidad civil medica) a consecuencia de una negligencia médica.

Años más tarde fue en Roma donde se estableció de forma precisa en el derecho romano aspectos puntuales sobre la responsabilidad civil, tales como la impericia, los experimentos de los médicos que eran peligrosos para la salud y la vida del paciente, el error del médico (error profesional), también, castigaba severamente el abandono de un

paciente por el profesional de la salud, etc. De esta manera, la Ley Aquilia garantizaba un trato adecuado a los pacientes que sufrieran las consecuencias de una negligencia médica de un profesional de la salud (García J. C., 2015). Para ello, se establecieron normas básicas para que el médico se haga responsable de la negligencia o imprudencia cometida.

Además, resaltan otros cuerpos normativos que generaron importantes normas civiles en la época, entre ellos destaca el Digesto (año 529 d. C) y la obra de Justiniano (482-529 d.C.). En orden de ideas, estas normas regulaban diversos castigos que eran aplicados de acuerdo al grado de responsabilidad. En la época, la negligencia médica era considerada como un delito o un acto criminal que se sancionaba con penas muy duras (García J. C., 2015). Así pues, fue evolucionando la negligencia médica en los sistemas jurídicos del mundo, hasta llegar a lo que conocemos hoy en día de la responsabilidad civil médica en un ámbito más moderno con la ayuda del avance de la tecnología.

Bajo esta perspectiva, el que ocasiona un daño por su negligencia, se hace responsable de resarcirlo de ahí que el diccionario de la lengua española define a la palabra responsabilidad como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, mientras que etimológicamente proviene del latín responderé que significa responder (Vargas, 2016). De manera que, la responsabilidad civil no es más que hacerse responsable de las consecuencias jurídicas de las acciones que generen desmedro del derecho de otra persona.

En este contexto, es importante precisar que la responsabilidad civil consiste en responder o hacerse cargo de las consecuencias del daño que ocasionemos a otras personas a causa de nuestras acciones. El ser humano por estar inmerso en un orbe social, donde persisten una multitud de sujetos, está permanentemente en el riesgo de contraer responsabilidad, por la que es una acción inherente de la sociedad. En ella se refleja la obligación de resarcir el daño que sus actos pueda generar. Así pues, el daño es el factor esencial que da vida a la responsabilidad civil (Vidal Ramirez, 2001). En otras palabras, el daño es el motivo fundamental la responsabilidad civil exista. Además, la responsabilidad civil nace cuando se lesiona un bien jurídico protegido por el

ordenamiento jurídico y como consecuencia de ello se origina que el patrimonio del dañante esté ligado a la víctima con la finalidad de pagar la indemnización que corresponda (Espinoza, 2006). Por ello, el que lesiona un bien jurídico, incluso tiene que responder con su patrimonio para resarcir el daño que haya generado.

La responsabilidad civil no debe limitarse únicamente al evento dañoso y la necesidad de resarcirlo; sino que también el daño causado por una inejecución de obligaciones configura responsabilidad civil. Así pues, la responsabilidad civil abarca dos sistemas distintos entre ellos. Por un lado, se encuentra el ámbito que regula la indemnización por la lesión que se constituye en la causa generadora de la relación jurídica que emerge entre el autor y la víctima, vinculadas ambos por el evento dañoso. Por otro lado, se encuentra el aspecto que regula el resarcimiento del daño causado por la inejecución de las obligaciones contractuales que vinculan al autor y la víctima (Vidal Ramirez, 2001, p. 396). Es así que en el presente trabajo nos dedicaremos a desarrollar el evento dañoso causado por una negligencia médica y la importantísima necesidad de resarcirlo de manera justa y equitativa para garantizar una recuperación rápida de los pacientes que son víctimas de la negligencia médica.

La responsabilidad civil también es concebida como aquella situación donde toda persona que ocasiona una lesión a un bien jurídico, debe cumplir la obligación de resarcir, a favor de la persona que ha sufrido las consecuencias de esa lesión (daño), siempre que tenga connotación jurídica y que esté amparada por el derecho. Es decir, “considerando la estructura sobre la cual se basa la responsabilidad civil, quien comete un daño se encuentra en la obligación de resarcirlo siempre que la misma derive de una conducta proscrita por Ley” (Vargas, 2016, pág. 363). En resumidas cuentas, quien ocasiona un daño tiene que reponer bien jurídico al estado en que se encontraba antes de la lesión, si deviene en imposible tiene que resarcirlo de forma pecuniaria, siempre y cuando tenga connotación o implicancia en el derecho. Esto es la responsabilidad civil.

Esta responsabilidad civil de la que se ha venido hablando cae también en el ámbito médico, mediante la cual aquella persona o institución que brinde servicios médicos responda por los daños que ocasione a los pacientes producto de la negligencia o impericia.

En el régimen actualmente vigente ya se ha ido dejando de lado la labor medica individual y se ha ido implementando un sistema más complejo estructurado, o sea se está creando e implementando instituciones organizadas mediante una estructura sanitaria. Por ello, que ahora de la responsabilidad médico-sanitaria: concepto que está reemplazando a la de responsabilidad del médico con la finalidad de acuñar la responsabilidad del profesional individual; además, a ello se le adiciona la responsabilidad a la entidad sanitaria en la cual el médico desarrolla su actividad, sea esta una institución pública o privada encargada de brindar los servicios de salud (García J. C., 2015). Es decir, ya no solo es responsable el medico por la negligencia que cometa, sino que también podría responder la entidad sanitaria para la cual brinde servicios. En tal sentido si se comenten irregularidades que ocasionen daño a los pacientes se deben hacer responsables por el daño que causen.

Los criterios normativos son aquellos parámetros establecidos por un sistema jurídico para determinar la cuantificación de un daño. Esto quiere decir, que son instrumentos fijados en una norma que van a servir como guía para que la administración de justicia dictamine la cuantía económica para resarcir o indemnizar el daño moral. Por lo que es importante señalar la diferencia entre una cuantificación y una valoración del daño moral, pues ambos factores tienen significado y periodos de ocurrencia diferentes (Carbajo, 2017). En consecuencia, valorar el daño es determinar el aspecto cualitativo de la cuantificación, el mismo que se traduce en delimitar, determinar y esclarecer el contenido esencial o de qué manera se encuentra estructurada la misma, ya sea en un aspecto material y las posibles circunstancias ocurridas que dan mérito a estudiar y valorar los efectos psicológicos y físicos del lesionado. Por otro lado, la cuantificación es la asignación de un monto pecuniario por el daño del bien jurídico lesionado.

Es decir, los parámetros permiten resolver de manera justa y equitativa los casos donde se ha ocasionado un daño. La cuantificación del daño moral consiste en establecer un monto que sea justo y equitativo para resarcir o indemnizar un daño moral ocasionado por un caso de negligencia médica en nuestro sistema de justicia. El daño moral tiene que ser valorado de forma que se pueda resarcir el daño de forma integral y eficiente a la persona afectada (Méndez, 2009). Entonces, para lograr una reparación, efectiva, justa y eficiente de del daño moral, se debe establecer en nuestra regulación civil los criterios

objetivos de cuantificación, ya que ayudarían a los juzgadores a impartir decisiones que se acerquen al principio de equidad y de justicia

El daño moral es un concepto que difícilmente se ha podido definir en el campo de la responsabilidad civil, debido a su amplia gama de teorías que contribuyen cada una con su postura. Así pues, el daño moral se puede concebir como la afectación o vulneración de un bien jurídico intrapersonal, este incluye a su vez, a los daños físicos y psicológicos. Brebbia como se citó en (Osterling, 2010) manifiesta que el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extra patrimonial, que ha sufrido un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otro sujeto de derecho. Es decir, el daño moral es considerado como sufrimiento psíquico de una persona que ha recibido las consecuencias de un evento dañoso por la violación de sus derechos y libertades (Días, 2006). Cabe precisar, que el daño moral a diferencia de otros daños difícilmente se puede visualizar los efectos a simple vista; por ello, que se debe considerar elementos adicionales para poder analizar los efectos en la persona afectada, tales como estudios psicológicos, tratamientos médicos que son necesarios para mitigar el daño, efectos en el proyecto de vida, entre otros aspectos importantes que ayuden a determinar su magnitud y sus consecuencias en el individuo vulnerado.

Así pues, el daño moral es aquella situación de sufrimiento o de pena que sufre el sujeto como consecuencia de un evento dañoso. Además, no solo está referido a una sensación de sufrimiento, sino que también afecta otros derechos llamados derechos de la persona (Avendaño, 2013). Por ello que, en este caso se incluye el daño a la persona. De esta manera, el daño moral está ligado estrechamente, ya que relacionado con el sufrimiento causado por un daño que ha afectado gravemente los derechos y libertades de la persona.

Por otro lado, el daño moral es entendido como la afectación a aquellos bienes jurídicos más preciados de la persona, causada por un evento dañoso. En ese orden de ideas, para Ripper y Boulanger, citados por (Aguinaga & Llap, 2019) el daño moral es: “la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del ser humano que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad

individual que constituyen sus afectos más queridos para alcanzar su felicidad”, (pág. 26). En resumidas cuentas, el daño moral es un dolor psicossomático ocasionado por la vulneración de un derecho subjetivo de carácter no patrimonial sufrida por una persona por la acción antijurídica de un tercero.

Con relación a lo anterior, el daño moral es la vulneración de un bien jurídico protegido que no tiene que ver con el patrimonio, si no que va dirigida a lo estrictamente personal. Es decir, se refiere a (...) toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extra patrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona (Osterling & Alfonso, 2006, p. 11). Así pues, el daño moral es entendido como la vulneración de un interés legítimo y personalísimo que implica un dolor humano ligado intrínsecamente a la parte psicossomática de la persona.

Cabe precisar que este tipo de daño, al ser de carácter extra patrimonial no se encuentra dentro del campo pecuniario o intercambio comercial, debido a que su menoscabo tiene un contenido no económico, es más que todo sentimental o emocional (Chang, 2015). En efecto, el daño causado es aquel que ocasiona una lesión en los denominados derechos personalísimos; es decir, afecta la estabilidad emocional de la persona afectada y como consecuencia de ello padece un sufrimiento emocional producto del evento dañoso.

Durante los últimos años, en la responsabilidad civil el daño a la persona está en proceso de avance importante en cuanto a su concepto y sus componentes, pues ha dejado de enfocarse únicamente en los daños con efectos materiales que sufre un sujeto de derecho y está concentrando su importancia a los daños no materiales como el honor, el sufrimiento emocional, el dolor o la angustia de un sujeto, más conocidos como daños extra patrimoniales o daño moral. Es decir, lo que importa a la responsabilidad civil no es tanto determinar la culpa de quien produjo el daño, si no la protección integral del ser humano. Que de tal manera busca una adecuada e íntegra reparación a las consecuencias de una lesión injusta, no importando la naturaleza del daño, si no que sea resarcido íntegramente (Chang, 2015, pág. 154). Por ello, Tunc citado por (Chang, 2015) afirma que el descubrimiento del daño a la persona es uno de los sucesos más importantes que

ha ocurrido en las épocas actuales con respecto a la responsabilidad civil. Esto pone en evidencia que lo más importante es el bienestar de la persona tanto físico y emocional, dejando en segundo plano el aspecto material.

En este contexto, en el ámbito peruano Carlos Fernández Sessarego uno de los personajes más influyentes en la materia del derecho civil, fue el primero que introdujo el concepto del daño a la persona en el derecho peruano, citado por (Chang, 2015) nos afirma que cuando se ocasiona un daño a la persona, las consecuencias de todo orden de este daño deben ser resarcidas por el menoscabo a lo que constituye ser humano; es decir, a la unidad psicosomática constituida y sustentada en la libertad de toda persona. En otros términos, el daño a la persona es todo aquel que genera efectos adversos en el aspecto psicológico, emocional o moral de una persona, ya sea alterando su equilibrio espiritual, trasgrediendo su intimidad, lesionando su integridad, su honor, su dignidad, afectando con ello su prestigio, su imagen que toda persona como tal merece. En cualquiera de estas hipótesis y de otras que tengan que ver específicamente con la esfera personal del sujeto que produzcan un daño se debe indemnizar pese a no tener valor económico; sin embargo, para efectos de resarcir el daño se debe asignar una cuantía justa, equitativa y proporcional a la lesión y el bien jurídico protegido afectado por la conducta dañosa.

De lo mencionado líneas arriba, se desprende que el daño moral está abarcado por daño a la persona ocasionado por cualquier lesión a la esfera personal. Debido a que quien recibe el daño es la persona. Es decir, el daño que constituya una lesión a cualquier aspecto de la personalidad y genere un dolor emocional y psicosomático al sujeto es un daño moral, pero que deriva del daño a la persona como sentido amplio. Entonces, el daño moral es una especie de daño que se encuentra dentro de la amplia gama de daños a la persona.

9.4. Marco contextual

En el Perú no hay predictibilidad en las decisiones judiciales con respecto a la responsabilidad civil por daño moral. Así lo demuestran algunos casos que se exponen:

En nuestro país las decisiones judiciales en cuanto al daño moral son muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral. Así pues, contando algunos casos Elsa Delgado Sánchez

interpuso una demanda de indemnización contra el médico Sergio Yong Motta a fin de que la indemnice con el monto de \$ 100.000.00 dólares por el concepto de daños y perjuicios generados a causa de una intervención negligente que la dejó al borde de la muerte, luego de haber sido intervenida quirúrgicamente de cálculos a la vesícula y quedo contagiada con el VHI. De tal manera, el magistrado ordenó que el demandado pague la suma de \$ 80.000.00 dólares americanos más el pago de intereses legales a favor de la demandante (Elizabeth, 2016).

En otro caso, Reynaldo Cule Pariona interpone una demanda contra el Ministerio de Salud y otros, mediante la cual solicita la indemnización por daños y perjuicios. El demandante alega, que el año 2007 específicamente el trece de setiembre, el Director Regional de Salud de Ica de ese entonces aceptó la propuesta del Ministerio de Salud que consistía implementar la estrategia Nacional de Inmunizaciones, en consecuencia, se programó la inmunización contra la fiebre amarilla desde el día 23 de setiembre hasta el 27 de octubre de 2007, en cuyo periodo su hija acudió al servicio de inmunizaciones del Hospital Regional de Ica, donde le suministraron una inyección para la fiebre amarilla, ahí le recomendaron que ante cualquier efecto que pueda tener producto de la vacuna, tome una pastilla; sin embargo, posteriormente a la vacuna presentó síntomas que no pudieron ser controlados con las pastillas recetadas y debido a que el malestar persistía, el día cinco de octubre fue de nuevo al Hospital, donde los médicos le indicaron que los síntomas eran producto de la vacuna que recibió. En este sentido, días después decayó gravemente su salud de su hija y, debido a su estado, la internaron en la Unidad de Cuidados Intensivos, no resistiendo, el día seis de octubre de dos mil siete falleció.

En consecuencia, tras analizar los hechos alegados y sustentados por el demandante, declaran fundada la demanda y la Corte Suprema establece la cantidad de S/. 300 000.00 (trescientos mil soles) como indemnización por daño moral ocasionado al padre por el fallecimiento de su hija, los magistrados consideraron que el hospital actuó con negligencia en en la estrategia para la campaña de vacunación que se realizó en la ciudad de Ica. (Casación. N° 2890-2013 Ica, 2015). En el presente caso se puede apreciar su peculiaridad, porque se ha analizado intrínsecamente el daño emocional que ha sufrido la persona tras la muerte de su hija. Es decir, fisiológicamente no sufrió daño alguno, no obstante, por el amor que tiene un padre para con sus hijos y que naturalmente son los

hijos quienes deberían sepultar a sus hijos y no los padres a los hijos, el señor Reynaldo Cule Pariona sufrió un daño emocional, psíquico muy grave que le ha dejado un dolor irreparable por la muerte de su hija.

Es así que la particularidad de este caso radica en que la persona no sufrió el daño directamente, puesto que fue ocasionado por la muerte de su hija, producto de una negligencia médica; en comparación con los otros casos que, si sufrieron directamente en su persona en daño, como es el caso de la señora Elsa Delgado Sánchez que fue intervenida quirúrgicamente a la vesícula y producto de una negligencia fue contagiada con el virus del VIH – Sida. La pregunta que cae de madura, debido a la valoración del daño en ambos casos ¿es más grave el daño moral ocasionado por la muerte de una hija que el daño causado por una negligencia médica que ocasionó un contagio del virus VIH-Sida y que vivirá con este temible mal para toda su vida? Por esta razón, es que se debe implementar criterios objetivos para valorar el daño equitativamente para cada caso en concreto y no solo equitativamente, sino también que el daño sea reparado de una forma integral, donde se pueda compensar todos sus efectos negativos en la persona afectada. Y así, existen más casos en nuestro sistema jurídico, donde se puede ver claramente que no hay un criterio objetivo y predecible que genera decisiones dispares en cuanto se trata de casos similares sobre daño moral.

En nuestro país las decisiones judiciales, cuando de daño moral se trata, son muy impredecibles y muy dispares cuando se trata de casos similares en cuanto al resarcimiento del daño moral. Esto genera que no haya una adecuada valoración de daño moral ocasionado por negligencia médica. Por ello, se ve diferencias abismales entre uno y otro caso en cuanto al monto indemnizatorio otorgado por la administración de justicia. Mas aún, la Corte Suprema argumenta que, si bien es cierto, nuestro sistema jurídico no ha desarrollado correctamente el tema de la cuantificación del daño moral, ello no es impedimento para que se deje de administrar justicia en un conflicto de intereses ocurrido (Casación. N° 2890-2013 Ica, 2015). Este es un claro mensaje del mismo ente que se encarga de resolver conflictos en materia de daño moral por negligencia médica indicando la falencia en cuanto a su cuantificación en nuestro sistema jurídico.

En los casos citados previamente se ve claramente que en las decisiones judiciales no hay un criterio objetivo y predecible, esto causa una vulneración al principio de seguridad jurídica y también al principio de acceso a la justicia; esto porque las víctimas no obtienen una sentencia justa que permita resarcir el daño, y así mitigar ese dolor emocional y psicosomático sufrido.

Esto más que todo agudiza aún más la situación de las personas que son víctimas de la negligencia médica, ya que ellos acuden a buscar consuelo amparándose en el sistema de justicia para que pueda establecer una valoración económica justa por el daño recibido. Sin embargo, se encuentran con la ingrata sorpresa de indización otorgada en algunos casos es muy precaria que ni siquiera puede costear el tratamiento médico para mitigar el daño. Esta situación afecta aún más a los pacientes, aparte del daño sufrido, ya que económicamente no pueden acceder al tratamiento adecuado.

Al no establecer criterios objetivos también genera un daño económico al estado, puesto que, si no hay un parámetro que diga como calcular el monto indemnizatorio en una sociedad con muchas malas prácticas judiciales, genera que se cometan actos de corrupción, ya que no hay un límite para la valorización. Esto genera un perjuicio económico al Estado y las instituciones privadas que ofrecen servicios de salud. Otro factor preponderante es que no existe una base de datos actualizada estructurada de acuerdo a las materias judiciales. Es decir, no hay sistema físico o virtual donde se ordene la jurisprudencia con fines de uniformizar las decisiones judiciales. Creando un sistema estructurado y ordenado por materia se facilitaría el acceso a la jurisprudencia, tanto por los administradores de justicia, los abogados y a la población en general.

En vista de esta problemática, en el año 2017, la Jurisprudencia Nacional desarrolló el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, que explica el “Daño moral, pruebas y criterios para su cuantificación”, en este aspecto el Pleno a optado por una solución más adecuada al considerar que los criterios para la cuantificación tienen que ser objetivos. En consecuencia, para probar el daño moral debe ser sustentado a través de medios probatorios directos o indirectos.

Así pues, el Pleno mencionado trata de llegar a una solución más precisa a esta problemática de la cuantificación del daño moral que reza en dos aspectos: el primero

hace referencia a la carga probatoria del daño moral y el segundo aspecto describe la cuantificación del daño moral que ha optado por el criterio objetivo. Es decir, para acreditar el daño moral se tiene que sustentar a través de pruebas directas o indirectas, entonces esto facilitará establecer el quantum resarcitorio debido a que este estará enfocado en función a las pruebas otorgadas por la parte afectada.

Sin embargo, esto no ofrece una solución eficaz ni eficiente sobre la cuantificación, porque estas pruebas directas o indirectas tienen que ir al juzgador, para que de acuerdo a su valoración establezca la cuantificación del daño moral. Si bien es cierto limita su factor discrecional a la valoración probatoria pero no es suficiente, ya que va a ser el juez quien a través de la valoración establezca la cuantificación no existiendo un criterio totalmente objetivo, ya que de todas formas estaría presente la subjetividad del Juez. Aunque ya se han realizado diversos esfuerzos para regular la cuantificación del daño moral, éstos no han logrado satisfacer la necesidad que se tiene, de contar con una solución específica, adecuada y que brinde garantías para quienes buscan justicia en cuanto al resarcimiento por daño moral.

En el Perú, el ordenamiento jurídico no ha establecido criterios objetivos sobre el resarcimiento del daño moral en cuanto a la negligencia médica, si no que deja al criterio discrecional de los jueces determinar su valorización. Por esta razón, en el presente trabajo de investigación se plantea formular un sistema tabulado a través de fórmulas para determinar un tope mínimo y máximo de cuantificación de dicho daño; de tal manera, limitar la discrecionalidad del juez a un criterio objetivo y justo. Es así que la falta de criterios objetivos genera inseguridad jurídica en los que buscan justicia por daño moral, ya que cada administrador de justicia tiene diferentes criterios para establecer su cuantificación y hasta puede caer en arbitrariedad o corrupción.

10. Metodología

En la vida siempre se van a presentar problemas que de cualquier manera afectan o influyen en el desarrollo del andar cotidiano. Por ello, que surge la investigación para de una u otra manera dar una solución o mitigar la problemática. Así pues, la investigación es un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno o problema (Hernández, Fernández, & Pilar, 2014). Dichos procesos buscan

solucionar un problema específico que ha surgido en cualquier ámbito del desarrollo de nuestras vidas. en estas circunstancias la investigación es uno de los pilares fundamentales para obtener, a través de un proceso, una respuesta concreta y acertada frente a un problema que se presenta en cualquier ámbito de nuestras vidas. Por ello, que se entiende a la investigación científica como una actividad dirigida a solucionar cualquier problema y su principal objetivo es alcanzar respuestas a preguntas mediante procesos científicos (Baena, 2017). De tal manera, que, para desarrollar esta actividad encaminada a solucionar problemas se utiliza una metodología, mediante la cual se ha establecido una serie de procedimientos para obtener una respuesta precisa a nuestros problemas con el objetivo de mejorar la calidad de vida de las personas.

En el camino de la presente investigación se va a recopilar la información más importante que nos permita afianzar y describir los conceptos o las variables inmersas en la problemática planteada. Y de acuerdo a esta información recogida y analizada ofrecer una propuesta de solución que sea más eficiente a la que se aplica actualmente.

10.1. Alcances y enfoques metodológicos

La investigación es una actividad de gran importancia para todos nosotros, porque nos permite ver la luz ante una problemática y aterrizar con posibles soluciones que permitan mejorar la calidad de vida de las personas. De esta manera, para analizar estas posibles soluciones se utiliza los alcances científicos de investigación exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. En consecuencia, para analizar el problema planteado en la presente investigación, se va a utilizar el alcance descriptivo.

Debido a que este alcance se utiliza para describir un hecho o un fenómeno que trae dificultades en el acontecer de nuestras vidas. Es decir, nos permite estudiar el contexto de una problemática y de acuerdo a ello establecer un camino para alcanzar una solución eficiente. Por lo que, su objetivo principal consiste en describir situaciones, fenómenos, sucesos y contextos; esto quiere decir, detallar cómo se presentan y se manifiestan en nuestras vidas; además, se busca detallar las propiedades, los perfiles y las características de las personas, los grupos, las comunidades, los procesos, los objetos o cualquier otro fenómeno que se pueda someter a un análisis. En este contexto se pretende recoger o medir la información de forma independiente o conjunta sobre los

conceptos o las variables materia de estudio (Hernández, et al., 2014). En el caso concreto materia de investigación se pretende describir los aspectos de la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica. Además, se busca desarrollar, explicar o describir el contexto actual. Es decir, qué criterios se utilizan para la cuantificación del daño moral en nuestro país. Una vez analizado este fenómeno se pretende presentar una propuesta diferente a la actual para valorar el daño moral, mediante la cual se busca alcanzar una solución equitativa que esté más cerca de la justicia para aquellas personas que son víctimas de negligencia médica en nuestro país.

En toda investigación existen dos enfoques, el enfoque cuantitativo cuyo objeto de estudio es la “cantidad” y, en efecto, su principal medio es el cálculo y la medición. Y por el otro lado, está el enfoque cualitativo que consiste en recolectar y analizar información. En cuanto a la investigación cuantitativa, ésta se encarga de recolectar y analizar la información, a través de recursos numéricos y por medio de la medición, en cambio, la investigación cualitativa tiene como fin fundamental recolectar y analizar la información mediante los diversos instrumentos para poder determinar una solución al problema suscitado. En suma, el enfoque cualitativo tiene como base medular la exploración de un limitado pero detallado número de hechos o fenómenos que se consideran importantes y esclarecedores, y el objetivo es lograr profundidad y no amplitud (Niño, 2011). En resumidas cuentas, el enfoque cualitativo lo que busca es encontrar el porqué de los hechos o fenómenos ocurridos que dan origen a un problema, una vez que se ha encontrado el motivo de la génesis del problema, se procede a recopilar toda la información y a través de un minucioso análisis buscar una salida a la problemática presentada.

A partir de los objetivos e hipótesis de investigación la metodología que se va a emplear es el uso de técnicas de índole cualitativo. Este carácter metodológico permite hacer uso en nuestra investigación de las opiniones, aportes doctrinarios, voces o sugerencias e interpretaciones de los protagonistas sobre investigaciones en cuanto al daño moral. Es decir, en el enfoque cualitativo se buscará sacar ideas de autores que a través de investigaciones han escrito con respecto al daño moral y su cuantificación,

también interpretaciones de autores teóricos y analistas en la doctrina nacional y derecho comparado.

La investigación cualitativa consiste en realizar un estricto análisis de la información, con la finalidad de obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de los hechos tal y como la presentan los autores inmersos o que tienen conocimiento de los fenómenos que originaron la situación problemática; es decir, se busca estudiar los hechos para dar con una salida al problema (Salgado, 2007). Por ello, que en el presente trabajo de investigación se usará las formas, métodos y estrategias para obtener información de carácter estrictamente científico y académico requerido en toda investigación cualitativa que garantice la credibilidad, la transparencia, consistencia y valores éticos.

Además, a investigación cualitativa se caracteriza fundamentalmente por ser interpretativa que se dedica a entender el significado de los actos del ser humano y de sus instituciones, mediante las cuales se organizan. De ahí que, la investigación cualitativa proporciona consistencia a los datos recopilados, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno donde se desarrollan los hechos, detalles y experiencias únicas del campo estudiado (Hernández, et al., 2014). También permite la recopilación de información de forma analítica y crítica respecto a los criterios que nuestro cuerpo normativo viene aplicando para la valoración del daño moral; y en base a ello, estudiar e implementar los criterios de valoración objetivos que necesita el Juez para disponer de forma justa y equitativa la indemnización por daño moral ocasionado por negligencia médica.

Ciertamente, en la vida académica, profesional o en nuestra vida diaria las estrategias o metodologías se utilizan casi a diario para solucionar problemas que se nos presenten cotidianamente. Por eso que la metodología es una ciencia de vital importancia en nuestra vida diaria, académica y profesional. Pues, toda tarea suele tener una estructura y un orden para poder realizarla donde se establece parámetros para lograr los objetivos planteados para solucionar un problema. En tal sentido, para concretar estas tareas es indispensable usar una metodología que nos permita determinar un camino a seguir para realizar dichas tareas. Porque, investigar significa indagar o buscar algo que

sería una solución para un problema que se presenta en cualquier ámbito de nuestras vidas.

Por estas razones, que la metodología está inmersa también, en el ámbito jurídico de manera exponencial para mostrar el camino y proponer estrategias para investigar un problema jurídico que se presenta en nuestra vida diaria, tal como sucede con la valoración del daño moral ocasionado por negligencia médica. Ahora bien, Fix-Zamudio, citado por García (2015), define la metodología jurídica como la ciencia que estudia técnicas y los métodos que se utilizan para elaborar, conocer, aplicar y enseñar derecho”. (p. 451). Y para aplicar los métodos y técnicas, se le adiciona la interpretación de la norma jurídica y las consecuencias de esta interpretación en las decisiones judiciales. Es decir, resulta imposible aplicar el derecho en el contexto que se presentan los hechos, sin antes haberlo interpretado. En estas circunstancias para aplicar una norma jurídica a la realidad conforme se presentan los hechos, tiene que tener una redacción clara que no permita una amplia subjetividad al juzgador.

La investigación jurídica debe ser tomada con más interés en todos los aspectos de la carrera de Derecho, desde sus inicios con los estudiantes y hasta por los profesionales y en general toda persona que se dedique a ejercer el Derecho; puesto que, sus fines son ampliar, verificar, corregir o aplicar los conocimientos que se adquiere durante la trayectoria, para plantear propuestas de solución válidas a los problemas que afectan a la sociedad” (García D. , 2015). Por ello, que se considera que la investigación jurídica es de gran importancia para todos aquellos que deciden estudiar y ser profesionales en derecho. En efecto, las universidades deben priorizar la investigación jurídica como aspecto fundamental en las facultades de derecho para lograr formar profesionales altamente capacitados al servicio de la justicia y de la nación.

En la actualidad en un mundo globalizado la investigación jurídica juega un rol fundamental en nuestra sociedad. En este sentido, la época actual nos incentiva a fortalecer la investigación, formando profesionales capaces del manejo de métodos y técnicas que permitan obtener un criterio jurídico amplio, práctico y eficiente con capacidad de solucionar problemas complejos propios de la época. Por eso que hoy en

día los métodos de investigación más importantes según el doctor Jorge Witker citado por (García D. , 2015) son:

En primer lugar, tenemos la investigación jurídica dogmática, documental o teórica, que utiliza fuentes documentales para recoger la formación, como son: los libros, los tratados, las revistas, los folletos, los periódicos, las enciclopedias, los manuales, las conferencias, entre otros. En segundo lugar, tenemos a la investigación jurídica empírica, realista o de campo, que recopila la información a través de otras fuentes como son la observación del comportamiento de personas, instituciones, cosas o del contexto en el que ocurren los hechos. Por otro lado, está la investigación jurídica mixta, que hace una especie de combinación entre la investigación teórica y la investigación empírica. Es decir, esta investigación involucra, tanto a las fuentes formales e históricas como en las fuentes empíricas o de campo del Derecho (García D. , 2015). En consecuencia, en el presente trabajo de investigación, donde se busca construir criterios objetivos para la valoración del daño moral, se aplicará la investigación jurídica mixta, porque se utilizará la investigación jurídica dogmática, documental o teórica para recopilar toda la información documental como libros, revistas que refuercen el trabajo de investigación. Además, se va a utilizar la investigación jurídica empírica; es decir, mediante un estudio psicológico minucioso del comportamiento de las personas sufren un daño a consecuencia de la negligencia médica, del comportamiento de las instituciones involucradas en la cuantificación del daño moral desde el inicio del proceso hasta que se dictamina la decisión final. Puesto que el objetivo final es encontrar un punto de equilibrio de valoración que garantice una cuantificación equitativa del daño moral que esté más cerca del ideal de justicia.

10.2. Operacionalización de las variables

Los criterios normativos son aquellos parámetros establecidos por un sistema jurídico para determinar la cuantificación de un daño. Esto quiere decir, que son instrumentos fijados en una norma que van a servir como guía para que la administración de justicia dictamine la cuantía económica para resarcir o indemnizar el daño moral.

Por otro lado, la negligencia médica es cualquier impericia o negligencia de un profesional de la salud que ocasiona una lesión a un bien jurídico protegido de un

paciente. Es decir, el personal sanitario no ha obrado como como debió hacerlo, respetando los protocolos sanitarios establecidos por las normas de la salud.

Las dimensiones de las variables son:

Dimensión específica 1

- Discrecionalidad del juez
- Subjetividad del juez
- Arbitrariedad para determinar el quantum indemnizatorio.

Dimensión específica 2

- Criterios normativos objetivos.
- Negligencia médica
- Indemnización del daño moral ocasionado por Negligencia medica
- Responsabilidad civil
- Daño moral

Indicadores

Indicador específico 1

Sentencias de los juzgados y jueces, nexo de causalidad entre considerando y la resolución

Indicador específico 1

Derecho comparado, jurisprudencia y postulados doctrinales

10.3. Técnicas e instrumentos de investigación

En definitiva, el objeto de estudio en la presente investigación es la valoración del daño moral. En este sentido, para descifrar dicho contenido y obtener argumentos que sustenten nuestra posición se utilizarán técnicas e instrumentos de investigación que permitirán analizar, describir y sintetizar la información que se ha venido recopilando durante todo el recorrido de esta investigación. Por lo que, para recopilar la información se ha elegido una muestra o población que va a participar de manera consistente en el proceso de investigación para lograr establecer una solución a la problemática planteada.

En consecuencia, para recopilar, analizar y sintetizar la información, se realizó a través de una observación directa, de material documental (libros, revistas, jurisprudencia, entre otros) y se utilizó las entrevistas y encuestas a profesionales que tienen conocimiento en cuanto a la valoración del daño moral o de responsabilidad civil para obtener información importante que aporte al presente trabajo.

Ahora bien, para canalizar toda la información obtenida, se realizó a través de los instrumentos de investigación que son grabadora de voz para las entrevistas y un cuestionario para realizar las encuestas a profesionales que las remitieron amablemente a través de correo electrónico, estos materiales están anexados en el presente trabajo.

De esta manera, se realizaron las siguientes entrevistas:

Doctor Augusto Medina Otazu; abogado por la Universidad Mayor de San Marcos, cuenta con Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima 2009, Maestría de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), es miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal, Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional con sede en Perú, Docente de la Universidad Tecnológica del Perú en el curso de Derecho Internacional Privado y el curso de Derechos Humanos.

En primer lugar, se le presentó el tema de investigación al Profesor, donde emitió una opinión e hizo unas recomendaciones.

Nos indicó que el daño moral no se podía establecer una cuantificación objetiva, ya que este daño vinculado al proyecto de vida: Es decir, la valoración se da de acuerdo al caso en concreto; porque cada caso presenta diferentes características de acuerdo a la situación en que se encuentra que podría ser que algunos casos cuando la persona es pobre podría ser más difícil que se inserte a la sociedad después de una negligencia médica; en comparación con una persona que tiene estudios tiene más insumos, refuerzos anímicos, intelectuales para reinsertarse. Por eso a la primera persona le pueden dar más indemnización que a la segunda.

Así mismo, me recomendó trabajar otros elementos: primero hay que encontrar el problema real y darle un enfoque más cultural.

Doctor Kohler Guido Sáenz Moreno. Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos, Ex Juez en lo penal, abogado especializado en temas civiles y laborales, entre otros.

Explicó que es un tema muy interesante la cuantificación del daño moral, ya que en la actualidad y en su experiencia como abogado está llevando casos emblemáticos y hay una incertidumbre en cómo se valora el daño moral. Esto queda al criterio del juez y puede ser que se cometa abusos, arbitrariedades o corrupción. Por eso, indicó la importancia de los criterios objetivos para evitar estas situaciones.

Guillermo Oswaldo Durand Alvarado. Abogado que se encuentra prestando servicios para la Junta Nacional de Justicia en la Oficina de Planificación y Cooperación Técnica, con Maestría en Derecho Civil, entre otros.

Indicó que puede establecerse un monto base, a partir del cual pueda adicionarse montos, de acuerdo a situaciones particulares de la víctima o de las personas que tengan derecho al resarcimiento.

El tratamiento objetivo, en cualquier caso, delimita la discrecionalidad del juzgador, evitando que esta sea de tal intensidad que se convierta en arbitraria. Por consiguiente, considero que, estableciéndose criterios objetivos, sí permitirían determinar con equidad los montos indemnizatorios; pero no para que se fije un monto único para todos los casos, pero sí un monto mínimo o base, a partir del cual podría adicionarse montos de acuerdo con el caso concreto.

10.4. Análisis e interpretación de la información

De acuerdo con las entrevistas, encuestas realizadas y de toda la información que ha sido recopilada para sustraer un sustento en el presente trabajo de investigación, se considera pertinente enfatizar en lo siguiente:

En primer lugar, los criterios de valoración del daño moral son aquellos que la administración de justicia utiliza para cuantificar el daño moral, estos pueden ser

subjetivos que dan la plena facultad al juez para que discrecionalmente de acuerdo a la prueba aportada y lo criterios objetivos que son aquellos ya regulados que establecen una serie de condiciones para la valoración, de tal manera que se limita la discrecionalidad del juez. Es decir, parámetros establecidos que van a guiar al juez para que determine la valoración.

Cabe indicar, que hay autores como Osterling Parodi que se inclinan por los criterios subjetivos, puesto que su argumento es que el juez está directamente involucrado en el proceso. Es decir, establece que si bien es cierto es difícil mensurar el daño moral, ello tendría que someterse a criterios del juzgador; ya que, las normas jurídicas imponen la obligación de indemnizar sean estos daños patrimoniales o daños morales. El Doctor Augusto Medina Otazu apoyando esta teoría, opina que no se puede establecer criterios objetivos en cuanto a la cuantificación del daño moral; ya que el juez tiene que valorar la cuantificación de acuerdo al caso en concreto.

Sin embargo, si recomienda que se utilicen criterios más objetivados para establecer la cuantificación tomando en cuenta los factores culturales, antropológicos, sociológicos, de la cosmovisión, etc. Para determinar una cuantificación que se adecue a las necesidades y prioridades de la persona afectada.

En segundo lugar, hay que precisar que hay autores que se inclinan por la teoría de los criterios objetivos, su principal argumento es que la facultad discrecional del juez se puede convertir en arbitraria y perjudicar a quienes son víctimas del daño moral. Esto se explica en diversos casos que se ha presentado líneas arriba donde se ve claramente la falta de uniformidad de las decisiones judiciales en los casos presentados. Por esta razón, es que se propone incorporar a la legislación peruana criterios objetivos para la valoración.

En este sentido, Elizabeth Vargas recomienda que en los casos de negligencia médica los legisladores deben elaborar un sistema de criterios objetivos que permita fijar los límites respecto de los cuales deba otorgarse la indemnización solicitada. Esta experiencia ya se aplica en otros países como es España en cuanto al daño por accidentes de tránsito, establece un sistema tabular, donde se fija una serie de montos de indemnización de acuerdo a la gravedad del daño.

En este orden de ideas, el Doctor Kohler Guido Sáenz Moreno explicó que es un tema muy interesante la cuantificación del daño moral, ya que en la actualidad y en su experiencia como abogado está llevando casos emblemáticos y hay una incertidumbre en cómo se valora el daño moral. Esto queda al criterio del juez y puede ser que se cometa abusos, arbitrariedades o corrupción. Por eso, indicó la importancia de los criterios objetivos para evitar estas situaciones.

Además, el Doctor Guillermo Oswaldo Durand Alvarado. Indicó que puede establecerse un monto base, a partir del cual pueda adicionarse montos, de acuerdo a situaciones particulares de la víctima o de las personas que tengan derecho al resarcimiento.

El tratamiento objetivo, en cualquier caso, delimita la discrecionalidad del juzgador, evitando que esta sea de tal intensidad que se convierta en arbitraria. Por consiguiente, considero que, estableciéndose criterios objetivos, sí permitirían determinar con equidad los montos indemnizatorios; pero no para que se fije un monto único para todos los casos, pero sí un monto mínimo o base, a partir del cual podría adicionarse montos de acuerdo con el caso concreto.

En consecuencia, estoy de acuerdo con los dos últimos especialistas que se les consultó sobre mi tema de investigación, porque creo que se deben establecer criterios objetivos para la cuantificación del daño ocasionado por negligencia médica para evitar que la arbitrariedad y la discrecionalidad a la cual todos los entrevistados mencionaron su existencia.

El tratamiento objetivo, en cualquier caso, delimita la discrecionalidad del juzgador, evitando que esta sea de tal intensidad que se convierta en arbitraria. Por consiguiente, considero que, estableciéndose criterios objetivos, sí permitirían determinar con equidad los montos indemnizatorios; pero no para que se fije un monto único para todos los casos, pero sí un monto mínimo o base, a partir del cual podría adicionarse montos de acuerdo con el caso concreto.

En conclusión, se debe establecer un monto base, a partir del cual pueda adicionarse montos, de acuerdo a situaciones particulares de la víctima o de las personas que tengan derecho al resarcimiento.

11. Anexos

11.1. Anexo N° 01 (Matriz de consistencia)

11.2. Anexo N° 02 (Cuestionario)

11.3. Anexo N° 03 (Entrevista Doctor Guillermo Durán)

11.4. Anexo N° 04 (Entrevista – Audio Doctor Augusto Medina Otazú)

11.5. Anexo N° 03 (Entrevista – Audio Doctor Kohler Guido Sáenz Moreno)

12. Bibliografía

Aguinaga, L. (2019). *Criterios para la cuantificación equitativa del resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil*. Tesis para obtener el grado de Maestro con mención en derecho civil empresarial. Universidad Antenor Orrego, Trujillo.

Avendaño, J. (2013). *Diccionario civil* (Primera Edición ed.). (G. Jurídica, Ed.) Lima: El Buho E.I.R.L.

Baena, G. (2017). *Metodología de la Investigación* (Tercera Edición ed.). Grupo Editorial Patria. Obtenido de http://www.biblioteca.cij.gob.mx/Archivos/Materiales_de_consulta/Drogas_de_Abuso/Articulos/metodologia%20de%20la%20investigacion.pdf

Beltrán, J. (2007). *código Civil Comentado* (Segunda Edición ed.). (G. Jurídica, Ed.) Lima: El Buho E.I.R.L.

Carbajo, A. (2017). *La equidad como criterio para la cuantificación del daño moral en las resoluciones judiciales de Lima*. Tesis para obtener el título profesional de abogada. Universidad César Vallejo, Lima.

Casación. N° 2890-2013 Ica. (Primero de junio de 2015). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.

- Chang, G. (2015). *Libro de Ponencias del X° Congreso Nacional de Derecho Civil* (Primera Edición, junio de 2015 ed.). Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.
- Código Civil. (1984). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- Constitución Política del Perú de 1993. (30 de Diciembre de 1993). Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú.
- De la Cruz, J. (17 de junio de 2017). *Responsabilidad Civil por Daños Personales*. Recuperado el 2019, de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25427/tesis-antoniojavier-delacruz-martinez-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Días, J. (2006). *El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida*. (Primera ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Espinoza, J. (2006). *Derecho a la responsabilidad civil* (Cuarta edición ed.). (G. Juridica, Ed.) Lima: El Buo E.I.R.L.
- García, D. (2015). *La metodología de la investigación jurídica en el Siglo XXI*. México: Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf>
- García, J. C. (2015). La responsabilidad civil médica en el Perú. *Derecho y Cambio Social*.
- Hernández, R., Fernández, C., & Pilar, B. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta Edición ed.). México: Interamericana Editores, S.A.
- IV Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. (06 de noviembre de 2017). Diario Oficial El Peruano. Cusco, Perú: Corte Suprema de Justicia de Cusco, Sala Civil.
- Linares, D. (2017). ¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no Themis: *Revista de Derecho*, 257-271.
- Méndez, D. C. (2009). *El daño moral como límite a la libertad de prensa (Reflexiones desde el Derecho colombiano y el Derecho comparado)*. Bogotá, Colombia.
- Niño, V. M. (2011). *Metodología de la Investigación, Diseño y Ejecución* (Primera Edición ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones de la U. Obtenido de

<http://roa.ult.edu.cu/bitstream/123456789/3243/1/METODOLOGIA%20DE%20LA%20INVESTIGACION%20DISENO%20Y%20EJECUCION.pdf>

Osterling, F. (2010). Indemnización por Daño Moral. 1-22.

Osterling, F., & Alfonso, R. (2006). La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. a propósito del artículo 1332° del Código Civil .

Pérez, D., & Castillo, C. (2012). *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia.*, 15-30.

Salgado, A. C. (2007). Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos liberabit, 71-78. Obtenido de <http://www.scielo.org.pe/pdf/liber/v13n13/a09v13n13.pdf>

Vargas, E. (2016). La Incorporación de Criterios Objetivos en las Indemnizaciones por Negligencia Médica. *Responsabilidad por daño Moral en los Casos de Negligencia Médica*, 359-374.

Vidal Ramirez, F. (2001). *La Responsabilidad Civil*. Lima: Derecho PUCP. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527/6607>